ITALY

MANUALI BARBÈRA.

IV.

PRINCIPII

DI

DIRITTO COSTITUZIONALE

PER

V. E. ORLANDO

PROF. ORDINARIO ALLA R. UNIVERSITÀ DI MESSINA.

FIRENZE,

G. BARBÈRA, EDITORE.

1889.

INTRODUZIONE.

Singolare era lo stato dell'animo mio quando impresi a scrivere i seguenti *principii*. Un lavoro di simil genere, perchè possa dirsi che consegua il suo fine, bisogna che offra con sobrietà, con chiarezza, ma soprattutto con *certezza*, le nozioni fondamentali di una scienza. La importanza di un tale lavoro è assai maggiore di quello che a prima vista non sembri. Non si tratta già di ridurre la scienza, se mi si permette l'espressione, in proporzioni più piccole, per adattarla ad intelligenze meno sviluppate: a questa riduzione non si prestano le scienze giuridiche; e d'altra parte un manuale, sia pure scolastico, quando si rivolge a studenti universitari suppone già lettori di una intelligenza e di una cultura, che è, o per lo meno dovrebbe essere, superiore alla media generale. Ma la difficoltà peculiare di quel cómpito sta in ciò, che nei principii si contiene tutto il Diritto: il progredire nei particolari sviluppi, nelle più larghe applicazioni, non impedirà ad alcun ingegno elevato di evitare errori spesso grossolani, quando i principii fondamentali non siano bene fermi.

Ridurre quindi tutta la scienza ad una sintesi organica, di cui le parti, armonicamente proporzionate fra loro, si corrispondano con nesso rigoroso; fondere i singoli principii, chiaramente determinati, in un sistema che dà loro una reciproca concatenazione logica, non è opera di un'importanza meramente didascalica;

ma può riuscire un contributo poderoso al progresso scientifico di una disciplina determinata.

Le condizioni necessarie per riuscire in un' opera siffatta sono di ordine subiettivo ed obiettivo. Nel primo senso, io farò a meno di quelle frasi di modestia, le quali, comunque profondamente sentite, potrebbero sembrare banali: dirò solo che, per quanto è a ciò, la deficienza delle proprie forze mi parve che potesse sino a certo punto essere supplita non solo dall'amore verso la propria scienza, ma soprattutto dal fatto dell'insegnamento di essa, il quale appunto dà luogo a quella continua elaborazione critica dei principii, a quel bisogno di sempre chiarirli e coordinarli, che a me sembra la più acconcia preparazione a quel genere di lavori. Ma sono anche necessari elementi obiettivi. Perchè una scienza possa ridursi nei suoi principii in quel modo che si è detto, bisogna che quella chiarezza, quel sistema e soprattutto quella *certezza* siano già nella scienza. Ora, in rapporto alla nostra disciplina, non solo mancava in me la convinzione che concorressero queste condizioni desiderate, ma avevo invece la convinzione del contrario.

In questi tempi, si sente così spesso dichiarare che una scienza è fuori strada e che abbisogna di una *instauratio ab imis*, che io troverei assai naturale che questa mia dichiarazione fosse accolta con una grande diffidenza. Ma il lettore benevolo, se terrà bene presenti le considerazioni che seguono, si convincerà, io spero, che in me queste tendenze novatrici sono con gran cura tenute in freno, e si troverà che non è piccolo il mio rispetto verso quella che io chiamerei « scienza costituita: » esso arriva sin dove non trova per limite un rispetto non meno doveroso, e cioè per quei principii che a me sembrino i veri.

Mi si domanderà tuttavia la prova di quella mia grave asserzione intorno alle condizioni nelle quali versa

oggidì quella scienza, che in Italia si chiama *Diritto costituzionale*. Ma si comprenderà che il completo sviluppo di tale asserzione implicherebbe l'esame critico di tutte le teorie fondamentali della scienza, il che non è qui certamente il luogo di opportunamente fare. Debbo quindi rinviare il lettore al seguito del presente scritto. Ma due argomenti di indole generale possiamo e dobbiamo qui addurre, i quali mi sembrano di un grande peso e potranno servire come una *probatio semiplena* del nostro assunto.

Si paragonino fra loro le varie letterature nazionali relative alla scienza nostra; i risultati, che se ne otterranno, sono assai sorprendenti. Certo, lo spirito scientifico dei vari popoli ha delle naturali differenze, come tutte le manifestazioni di ordine spirituale, le quali rispondono, mi si passi l'espressione, a delle categorie etnologiche. Che quindi, per esempio, la letteratura del Diritto pubblico germanico differisca in alcuna parte da quella inglese, francese, o italiana, e così rispettivamente, non sarebbe cosa da meravigliare. Ma c'è differenza e differenza. L'indirizzo positivo, cui le odierne scienze si ispirano, dovrebbe avere per conseguenza che le linee e i principii fondamentali di una data scienza non dovrebbero mutare, appunto perchè essi si fondano sopra un'obiettiva certezza, naturalmente in quanto ciò è possibile, data la relatività della conoscenza umana. Così avviene difatti nella sfera del Diritto privato. Si paragoni pure un commentatore del Codice Napoleone con un espositore del Diritto comune germanico, e per quanto gravi possano sembrare le differenze nel modo della trattazione e nel gusto scientifico dei due scrittori, si troverà tuttavia che, per esempio, l'idea di negozio giuridico, di obbligazione, di contratto e così via non potranno non essere identiche: e se non lo saranno, sarà facile ed intuitivo stabilire

quale dei due versa in un errore fondamentale, anche confrontandolo con gli altri scrittori della sua medesima scuola nazionale. Provatevi invece a fare un analogo confronto fra due scrittori di Diritto pubblico. Le differenze gravi, ma accessorie, diventeranno qui sostanziali. Non solo le nozioni che servono di fondamento alla nostra scienza appariranno radicalmente diverse, ma altresì la definizione, il metodo, i limiti, la portata della scienza, che più? i termini medesimi di cui essa si serve. Così è che passando da uno di questi lavori ad un altro di una scuola nazionale diversa, parrà quasi di essere passati dallo studio di una scienza a quello di un'altra: e, naturale effetto di ciò, mentre nelle altre scienze le varie letterature nazionali reciprocamente si conoscono e si aiutano, si può dire che, meno rare eccezioni, le varie scuole nazionali di Diritto pubblico vivono come tra loro segregate. Nè si dica che questo è un effetto della diversità che intercede fra il Diritto pubblico positivo dei vari Stati: non solo perchè queste diversità non tolgono che i principii essenziali siano i medesimi, ma anche perchè, come sarà visto, la nostra scienza riconosce l'esistenza di un'idea astratta di Stato moderno (confr. appresso n° 45), la quale appunto suppone che i tratti caratteristici dei principali Stati civili odierni siano ad essi comuni.

Il secondo ordine di argomenti, onde si prova quella mancanza di rigore, di precisione, di certezza, di sistema, che ad un vero organismo scientifico sono necessari, mancanza che abbiamo lamentata nella scienza nostra, si trae dalle confessioni di taluni autori, i quali contano non solo fra i più illustri, ma altresì fra quelli, i quali appartengono ad una scuola, che per le naturali tendenze del suo spirito nazionale, e per i suoi precedenti, che sono certo i migliori, pare che dovrebbe essere fra tutte la più progredita, specialmente nel senso del *sistema*.

Tuttavia ecco quali parole premetteva il Gerber ai suoi eccellenti *Principii di Diritto pubblico germanico:* [1] e la moderazione delle frasi, di cui egli si serve, accresce peso alla importanza di esse. «La letteratura del Diritto pubblico tedesco presenta una serie di opere alle quali, per diverse considerazioni, si deve molta riconoscenza. Se, ciò malgrado, io sono del parere che la dogmatica scientifica di questa disciplina è ancora capace anzi abbisogna di uno studio più largo, io non credo in alcun modo di contraddire a questo apprezzamento. Io penso che un progresso è possibile secondo i seguenti punti di vista: *in primo luogo, è innegabilmente necessaria una più recisa e corretta precisione dei concetti fondamentali dogmatici. Una parte dei nostri scrittori crede di considerare il cómpito della giuridica determinazione dei nostri moderni principii costituzionali non tanto di indole giuridica quanto filosofica o politica....* In secondo luogo mi pare (il che è certo affatto intimamente connesso a quel primo punto) *che sia una stringente necessità fissare un sistema scientifico,* nel quale le singole nozioni si manifestino come lo sviluppo di un solo pensiero fondamentale.»

E scriveva Lorenzo Stein che «la mancanza di una giusta classificazione delle scienze di Diritto pubblico è il principale ostacolo per cui *noi non siamo ancora potuti pervenire ad alcun fermo principio giuridico di Diritto pubblico....* In nessun'altra scienza si riscontra qualche cosa di simile! Da centinaia d'anni non si è dato il caso di due trattazioni di Diritto pubblico, le quali fossero solo anche approssimativamente uguali nel sistema e nell'ordinamento! In tali condizioni è mai possibile veramente una scienza? [2]»

---

[1] *Grundzüge des d. Staatsrechts,* III Aufl. (Lpzg.), pag. v.

[2] Stein, *Die Verwaltungslehre: die vollziehende Gervalt,* vol. I, pag. 26 (2a ed. Stuttgart, 1869).

Il lettore vede dunque come in quelle tendenze novatrici, cui noi dianzi accennavamo, noi abbiamo buona compagnia in autori, appartenenti ad una letteratura la quale è certo di gran lunga maggiore della nostra per autorità e ricchezza; confessione che possiamo fare senza nulla togliere al rispetto dovuto a quegli egregi cui spetta in Italia l'onore di avere divulgato le dottrine costituzionali. Sarà quindi facile avere un'idea dell'incertezza in cui io mi trovai quando, con tali convinzioni sullo stato presente della nostra scienza, mi accinsi a scriverne i principii. Non era solo la certezza e sicurezza obiettiva che mi mancavano: ma mentre da un lato io non credeva di potere limitarmi ad una fedele riproduzione dello stato attuale della scienza, mentre, pur volendolo, non l'avrei potuto, appunto perchè secondo il mio pensiero il difetto essenziale di quello è la mancanza di un sistema e di principii certi, dall'altro lato io era ben convinto che la completa ricostruzione di tutto un organismo scientifico non può essere l'opera di un sol uomo e di un sol libro, ma dello sforzo molteplice e continuo di varie attività coordinate. E seppure io mi fossi limitato alla parte meramente critica e negativa, che è relativamente la più facile, il mio non sarebbe stato un libro di principii, ma bensì di controversie e di dubbi.

Mi parve che la soluzione più opportuna sorgesse dalla reciproca temperanza di queste necessità diverse. Non pretendo di avere ricostruito una scienza nuova, e nemmeno credo di avere pienamente seguito gli odierni indirizzi prevalenti. Sempre, quando ciò mi è stato possibile, io ho cercato di conservare i principii dominanti, il sistema, i termini, come sono comunemente intesi, pur cercando di darvi quella base, che mi sembrasse più scientifica, e pure accennando ai dubbi, che possono sollevarsi sulla loro correttezza. Compatibil-

mente però con siffatto proposito, io mi sono allontanato senz' altro da quelle teoriche dominanti in cui mi pareva affatto certo mancasse il giuridico fondamento.

Ma anche più che a questa parte attinente al contenuto, i miei sforzi si sono principalmente rivolti alla parte formale. Se una riforma, come a me pare, è necessaria, bisogna che essa cominci appunto dal lato metodico e sistematico. Ho creduto di dover sacrificar tutto alla massima precisione dei concetti ed al rigore sistematico della trattazione. Se anche ad alcuno sembrerà che io abbia in questo senso esagerato, di un tal giudizio mi terrò pago, dappoichè quando un albero è curvo in un senso, perchè si raddrizzi è necessario piegarlo nel senso opposto.

E per conseguire questo fine io ho cercato di eliminare dalla mia trattazione tutto ciò che avesse un mero scopo di erudizione, tutte quelle digressioni di indole storica, generalmente usate, tutti quei paragoni con altre costituzioni, anche attuali, i quali non fossero strettamente necessari all' esplicazione di un concetto: in breve, ho cercato di scrivere *principii di* DIRITTO. Non credetti di fare a meno completamente di note, pur cercando di essere quanto più era possibile sobrio, ed aggiungendole solo quando mi sembrasse rispondente al fine generale del libro.

Un' analoga avvertenza debbo fare per ciò che riguarda la bibliografia. Non credetti opportuno affastellare citazioni di autori, superflue per chi è provetto, inopportune per chi principia. Tuttavia talune opere citai, e in generale quelle che a me sembravano di un interesse maggiore, e a cui rimandare lo studioso, che desiderasse chiarimenti più larghi. E per tale riguardo potrà sembrare con ragione relativamente eccessiva la citazione che io fo di altri miei scritti. So bene che in

generale il citare le proprie opinioni non è conveniente; ma in questo caso mi scusa una ragione di evidente opportunità. Molte volte, troppe volte, la economia e la proporzione fra le varie parti del lavoro mi obbligarono ad una brevità che può riuscire insufficiente ed oscura. Quando questo era a proposito di teorie, le quali io altrove avevo avuto occasione di studiare più largamente e completamente, certo a nessun altri potevo meglio ricorrere per la spiegazione di idee mie, che a me stesso.

Questi sono i fini generali che hanno ispirato il presente scritto, questi i criteri fondamentali di cui mi sono servito. Li ho rivelati con una franchezza, che ad alcuno potrebbe sembrare ingenua, ad altri presuntuosa, ad altri insieme ingenua e presuntuosa. Però questa franchezza mi dà il vantaggio di poter soggiungere, essendo creduto, che se io ho avuto la convinzione che un libro, da questi fini mosso, sarebbe potuto riuscire di una grandissima importanza ed utilità, è assai lungi da me la presunzione di avere attuato un tale *desideratum*. Nell'indole medesima del presente lavoro è implicito che, siccome esso risponde ad uno stato transitorio della scienza, molto vi sarà da aggiungere, da togliere, da correggere. In questo senso tutte le critiche, di cui sarà fatto l'obietto, saranno per me l'appagamento di uno dei fini che io mi proposi. Che se poi alcuno dalla lettura del libro non ricavasse altro che questa conclusione negativa, cioè che esso constata un bisogno, pure essendo completamente disadatto a soddisfarlo, l'avere determinato un tale sentimento negativo sarà per me un sufficiente compenso alle fatiche durate.

Palermo, 31 agosto 1888.

LIBRO PRIMO.

LO STATO E IL DIRITTO PUBBLICO.

CAPITOLO I.

La nozione dello Stato. — Caratteri generali.

1. — Contrariamente alle tendenze in generale dominanti, noi non crediamo possibile di cominciare il nostro studio con la definizione della scienza. Difatti questa è così strettamente connessa con la *nozione di Stato* che non si può avere una piena e scientifica intelligenza dell'una, senza aver prima determinata l'altra. Certamente è la nozione di Stato così complessa, così controversa e difficile che abbraccia per sè sola il campo di molteplici discipline. Ma non è qui la teoria dello Stato che a noi serve, ma bensì una determinazione della nozione di esso. Ed il nostro cómpito sarà reso più facile in quanto è possibile muovere dalla considerazione di certi dati obiettivi, che per la loro semplicità servono assai bene come preparazione ad un esame più progredito.

2. — Così basta la semplice e facile osservazione di un numero considerevole di fatti storici ed attuali a dimostrarci come, perchè l'idea di Stato sia, è necessario il simultaneo concorso di talune *condizioni*, che

possono altresì costituire i *caratteri generali* onde quella nozione si determina e si distingue. Queste condizioni obiettive sono:

1) Un certo numero di *uomini* (famiglie), in una relazione costante con un *territorio* nel quale sono fissati (in antitesi alle così dette tribù nomadi);

2) Un rapporto di *obbedienza politica:* sicchè si istituisca un *potere sovrano* da un lato e dei *sudditi* dall' altro lato (in antitesi alle organizzazioni patriarcali, alle *gentes* romane, ai *clans* celtici e simili, dove esiste bensì un rapporto di obbedienza, ma fondato su vincoli di consanguineità, più o meno prossimi).

3. — Certo, questi caratteri così rilevati sarebbero insufficienti a dare intera la nozione di Stato: essi non costituiscono che dei criteri *semplici ed elementari* i quali però ne preparano uno studio più approfondito. Fermiamoci di fatti sul primo di essi, che ci schiude la via ad una distinzione fondamentale. Noi abbiamo detto: « convivenza di uomini in un territorio; » ora il semplice fatto della coesistenza umana implica già una serie indefinita di rapporti tendenti al *soddisfacimento dei bisogni* dell' umana natura: bisogni di ordine fisiologico, di ordine economico, di ordine spirituale, per cui l' uomo si cerca una compagna, educa la sua prole, lavora e produce, e questi prodotti scambia con altri a lui bisognevoli; per cui infine obbedisce a quelli impulsi poderosi che dan vita alla scienza, alla letteratura, alle arti. Ora ognuno di questi rapporti implica necessariamente l'accordo di sforzi molteplici, cui l' individuo è assolutamente insufficiente e può solo riuscirvi *associandosi* ad altri individui (*convivenza sociale*); l' uomo isolato è un concetto metafisico, completamente campato in aria, una nozione arbitraria la quale non solo non ha mai potuto avere riscontro nella realtà, ma nemmeno è concepibile astrattamente, perchè tutti gli

sforzi subiettivi non arriveranno mai nemmeno a rendere indipendente il proprio pensiero dalle influenze sociali, che imprescindibilmente lo determinano.

4. — In quanto questa convivenza sociale si considera in tal modo, e cioè diretta al soddisfacimento degli umani bisogni, sorge la nozione di *Società*. Se non che questa nozione se può isolatamente concepirsi per i fini scientifici, non può tuttavia nel fatto esistere quando quelle relazioni molteplici che essa suppone non siano regolate da certe *norme obbligatorie*, e queste garentite da una forza superiore; o, in altri termini, quando le relazioni *sociali* non costituiscano altresì rapporti *giuridici* difesi da un potere coercitivo esteriore. Ora in quanto *la Società si concepisce organizzata politicamente per la tutela del Diritto sorge la nozione di Stato.*

5. — Fermati questi principii, vediamo di trarne certe conseguenze fondamentali, le quali integrano l'idea di Stato dianzi sommariamente esposta. Ed in primo luogo si rileva come le due nozioni di Stato e Società coincidono per estensione, ma differiscono per la portata. L'elemento *materiale* è, difatti, identico; così la Società come lo Stato sono costituiti da una data quantità di individui che sono insieme la monade costitutiva dell'uno come dell'altra; la differenza è affatto relativa al punto di vista scientifico da cui si considerano in rapporto allo scopo che devono raggiungere. Errano perciò quelle scuole che fanno dello Stato un *organo sociale*, confondendolo con *governo* (confr. n° 18).

6. — Lo studio ulteriore è tutto inteso a integrare giuridicamente questa determinazione della nozione di Stato, che è fondamentale per la scienza nostra. Sarà in seguito determinato, in virtù di criteri che qui sarebbe prematuro di esporre, come questo Stato costituisca un organismo *sui generis*, dotato di volontà propria, di propri organi e soggetto a determinate leggi: e da tutti

questi criteri sorgerà completo il concetto della *personalità giuridica dello Stato,* presupposto anch' esso essenziale della scienza nostra. Ma anche dalla semplice posizione di termini che sinora abbiamo fatto può ricavarsi questo principio, dal quale sorge il carattere essenzialmente *giuridico* del nostro studio.

7. — Abbiamo difatti stabilito come fine essenziale dello Stato l' attuazione, in senso larghissimo, del Diritto nella convivenza sociale. Vero è dire che il Diritto si sviluppa in virtù di leggi autonome e in virtù di una forza propria: ma ciò non esclude l' altra verità, cioè che quella coazione esterna, senza cui non esiste alcuna norma giuridica, non *può* esistere che in seno allo Stato. Se dunque ogni istituto giuridico viene, non diremo *creato,* ma certamente *riconosciuto* dallo Stato, bisogna dire che lo Stato costituisce esso stesso un istituto giuridico, anzi l' istituto giuridico per eccellenza. E se ad esso spetta la tutela del Diritto, bisogna che esso sia dotato di attribuzioni che lo rendano idoneo a tal fine, o, in termini correlativi, bisogna che egli abbia il godimento di Diritti ad esso spettanti per virtù propria e che, sinteticamente considerati, costituiscono il *Diritto dello Stato.*

8. — Lo Stato è dunque un istituto giuridico, ed è un subietto capace di Diritto; nei quali termini è già compresa la nozione di personalità giuridica dello Stato. In mezzo dunque alla varietà dei rapporti sociali, alle manifestazioni indefinitamente multiformi delle forze e delle tendenze così degli individui come delle classi sociali, lo Stato appare come la integrazione di esse in una poderosa unità. Così nello Stato l'idea di popolo si concepisce come un tutto organico dotato di vita propria, di propria coscienza, di propria forza, nel tempo stesso effetto ed espressione suprema del Diritto.

Capitolo II.

La genesi dello Stato. Determinazione dei criteri metodici.

9. — La nozione di Stato, grandemente complessa com'è, riguarda molteplici discipline delle quali noi non vogliamo invadere il campo. Appartiene, quindi, alla storia del Diritto l'esame del succedersi delle *varie idee di Stato* nell'età diverse e presso diversi popoli; appartiene alla filosofia del Diritto l'esame delle varie *dottrine* che, intorno allo Stato, si sono seguite, e dei loro rapporti colle generali teorie filosofiche.

10. — Tuttavia un lato di quest'ultimo esame ha interesse non lieve anche per noi. Senza istituire una vera storia critica delle diverse teorie sullo Stato, importa assai confrontare la nozione che noi ce ne siamo formata con due altre, dominanti ai tempi nostri. Questo confronto servirà da un lato a meglio chiarire le idee che abbiamo esposte, e dall'altro a separare nettamente la scuola nostra da quelle altre; e così, nelle particolari trattazioni, intendere facilmente i criteri che ci guidano. Sicchè in questa ricerca noi comprendiamo quell'esame che ordinariamente si fa dagli scrittori intorno al *metodo* che bisogna tenere nello studio della scienza nostra. Il modo diverso di concepire lo Stato, questo presupposto essenziale del Diritto pubblico, risponde, come è naturale, ad un criterio metodico diverso, che esercita poi un'influenza decisiva su tutte le altre parti della nostra disciplina.

11. — La prima di queste teorie è quella dell'*origine contrattuale dello Stato*. Questa teorica, che si collega con le scuole del Diritto naturale del secolo XVI, apparsa da aspetti diversi e con diversi temperamenti

ai suoi vari sostenitori, ebbe la forma logicamente più perfetta e storicamente più famosa nel *Contratto Sociale* di G. G. Rousseau. Importa innanzi tutto rilevare che quando si afferma che lo Stato origina da un contratto, non s'intende già accennare ad un *fatto storico*, ma ad una *genesi metafisica*,[1] come *metafisico* per eccellenza è il metodo scientifico che a quella scuola è proprio. Il postulato fondamentale è il seguente: lo Stato riposa sulla volontà individuale dei consociati; conseguenza naturale è la seguente: col venir meno di questa volontà vien meno lo Stato.

12. — Secondo che a questa volontà si dà, con una presunzione assoluta, un contenuto diverso, la teoria contrattuale può venire alle più opposte conseguenze: se si presume con l'Hobbes che, nel dar vita allo Stato, l'individuo rinunzia ad ogni suo diritto, avremo una teoria *dispotica;* se si presume col Grozio e con il Locke che si stabilisce un certo rapporto bilaterale, avremo una teoria *liberale;* se si presume col Rousseau (e in verità più logicamente, date le premesse) che ogni diritto individuale è inalienabile e imprescrittibile e che perciò i singoli, con un semplice atto di volontà, possono far *tabula rasa* di ogni governo e magistrato esistente, avremo una teoria *radicale.* Ma queste diverse conseguenze *politiche,* per quanto storicamente importantissime, non hanno interesse scientifico dal punto di vista attuale; fermiamoci più tosto a considerarne il postulato fondamentale, che del resto è comune a tutti quei sistemi particolari.

13. — Poichè la genesi dello Stato riposa sulla *volontà* dei singoli consociati, ne viene innanzi tutto che

---

[1] Questo dimenticano quegli avversari della teoria contrattuale che credono di averla distrutta domandando ironicamente in quale archivio si conservi e presso quale notaio sia stato stipulato il famoso contratto sociale.

la teorica contrattuale è *individualistica.* L'idea dell'individuo antisociale precede e domina l'idea dello Stato sociale, il quale non si forma che sotto l'impero di una dolorosa necessità e per evitare mali maggiori. A tale postulato, la teoria nostra contrappone quest'altro: l'individuo, indipendentemente dalla Società, è *un'idea, non solo storicamente non probabile, ma neppure astrattamente concepibile* (nº 3): lo Stato forma un complemento necessario ed una naturale derivazione della vita individuale.

14. — Poichè lo Stato si considera come la somma di volontà individuali e queste dan vita così al legame dell'obbedienza politica come al fatto della coesistenza sociale, ne viene che le due nozioni di Stato e di Società per la teoria contrattuale coincidano e si confondano in un'idea unica: la vita dello Stato ha un'esistenza precaria appunto perchè dipendente dalla *volontà,* sia poi di un uomo (Hobbes) o di una maggioranza (Rousseau). Per noi invece l'idea di Stato differisce essenzialmente da quella di Società in quanto ne è la giuridica integrazione: ed è quello un organismo che vive di una vita propria, il cui sviluppo è determinato da proprie leggi, le cui forme sono dipendenti dalla necessità dello sviluppo storico.

15. — L'altra teoria dominante nei tempi moderni e che costituisce anch'essa la base di uno speciale metodo di indagine scientifica è quella detta *sociologica,* di cui il capo scuola è H. Spencer che la derivò immediatamente dal *sistema positivista* di A. Comte. Per essa, la Società è un organismo sorto dalla naturale evoluzione, in modo analogo agli altri organismi individuali; lo Stato agisce come *organo d'integrazione* dell'organismo sociale, ubbidendo anch'esso all'influenza di quelle leggi generali che governano l'evoluzione, quali la lotta per l'esistenza, l'eredità e l'adattamento all'ambiente.

16. — Dal punto di vista metodico gravi differenze ci separano da questa scuola. Il punto di partenza è comune: cioè che lo studio dei fenomeni sociali e giuridici deve fondarsi sulla osservazione dei fatti, risalendo da essi per via di induzione ai principii che li regolano. Ma la differenza essenziale tra la scuola nostra e la sociologica sta in ciò, nel sapere a *quale ordine di fatti* bisogna far capo onde servirsene in questo procedimento scientifico. La scuola sociologica muove da un presupposto, cioè l'identità delle leggi che regolano l'evoluzione, salvo le modificazioni rese necessarie dal variare della materia, cui quelle leggi si applicano. Si potrebbe osservare che questo presupposto è già viziato dal pregiudizio metafisico, poichè quell'affermazione potrà giustificarsi come divinazione di un fine ultimo, cui lo sviluppo scientifico potrà pervenire; ma per ora non si può certamente dire che lo stato attuale di tutto lo scibile permetta la ricostruzione positiva di una sintesi così ardita e sicura.

17. — Preoccupata da questo principio d'identità, la teorica dello Spencer vuole riattaccare la legge sociologica a quella biologica, che costituirebbe l'anello immediato con cui essa si riattacca all'evoluzione generale. Da ciò quell'altro presupposto, che base scientifica per la valutazione delle leggi sociali sia l'individuo, direttamente soggetto a questa legge biologica. Confrontando l'uomo sociale con l'uomo extra-sociale, sottoposto quindi alla pura legge biologica, si potrà con un criterio di sottrazione determinare tutto ciò che la società è venuta, per così dire, aggiungendo all'individuo; e per ciò la legge sociologica medesima. Strana manifestazione della prepotenza della logica! Una scuola che venne affermandosi in recisa antitesi con la metafisica va a finire a quel principio medesimo che è proprio ad una teoria metafisica per eccellenza, cioè la

ricerca di un individuo extra-sociale. E in questo esame la teoria sociologica non ci sembra che sia stata più felice dell'altra. Si procede allo studio delle condizioni degli attuali popoli barbarici, presso i quali si presume che l'influenza sociale sia minima e quindi più facile il prescinderne ed ottenere così una base positiva per ricostruire questo tipo extra-sociale. Ma a parte le difficoltà, forse insormontabili, di raggiungere una scientifica e generale certezza intorno le condizioni sociali di quei popoli, pare in primo luogo che un'organizzazione sociale, sia pure primitiva, eserciti tuttavia un'influenza così vasta e complessa da riuscire sempre arbitrario questo processo di eliminazione delle qualità sociali dalle extra-sociali. In secondo luogo poi si domanda come mai dalla considerazione di popoli destinati a rimanere indefinitamente in condizioni sociali barbariche, si possa risalire alla ricostruzione delle leggi che regolano le società civili. Ci pare che in ciò esista una vera e radicale contradizione, la quale spiega come, malgrado l'ingegno sovrano e la straordinaria cultura dell'autore di essa, questa parte della teorica spenceriana non sia riuscita a risultati generali scientificamente importanti.

18. — Così è che malgrado la radicale differenza formale, le conclusioni a cui la teoria sociologica arriva sono sostanzialmente identiche a quelle della teoria contrattuale. Abbiamo visto come la concezione dello Stato sia, nell'una e nell'altra, *individualistica;* e nell'una come nell'altra la nozione di Società finisca per assorbire quella di Stato. Nella teoria spenceriana, la Società è l'organismo e lo Stato l'organo integratore: il che contravviene a quel principio fondamentale da noi già fermato e per il quale le due nozioni di Stato e di Società coincidono per estensione, differendo per qualità, e per cui lo Stato non è una parte della Società (or-

gano), ma bensì la Società medesima in quanto raggiunge una giuridica organizzazione (n° 5).

19. — La confutazione che noi abbiamo fatto dell'una e dell'altra di queste teorie estreme, ci schiude la via alla determinazione della teorica nostra e dei principii fondamentali metodici a cui s'ispirerà il nostro studio. Noi respingiamo ogni presupposto metafisico, tendente alla ricostruzione puramente ideale dei nostri istituti sulla base di criteri subiettivi. I fenomeni sociali, per quanto sostanzialmente diversi dagli altri ordini di fenomeni naturali, hanno tuttavia con essi questo tratto di comune: che sono regolati da leggi non mutabili, le quali se la scienza vuole rintracciare, uopo è che si serva di quel metodo sperimentale e induttivo, che fa capo innanzi tutto all'accertamento e allo studio dei *fatti*. Ma a quale *ordine di fatti* bisogna ricorrere? Qui noi, diversamente dalla scuola sociologica, opiniamo che ogni ramo di scienza ha un ordine di fatti che le è proprio, su cui deve principalmente fondare le proprie teorie. Il ricorrere alle leggi ricavate da un ordine di fatti ad altre scienze spettanti, può qualche volta essere utile, ma l'abusarne è da un lato pericoloso, e dall'altro lato lede il principio della divisione del lavoro scientifico, il quale, chi ben guardi, è una delle essenziali condizioni dello studio *positivo* di una scienza.

20. — Se queste premesse son vere, noi domandiamo: quali ordini di fatti sono propri alla sfera delle scienze nostre? Potrebbe in generale dirsi che i fenomeni sociali e giuridici trovano la loro espressione nei fatti *storici;* ma venendo ad una determinazione maggiore, poichè l'obiettivo immediato della nostra scienza è il Diritto, bisogna vedere su quali elementi di fatto il Diritto riposi per potere così dedurne il criterio metodico, che andiamo cercando.

21. — Tutte le teorie metafisiche si sforzano a far rien-

trare i fenomeni giuridici nella cerchia delle loro leggi universali. Noi rinunziamo a risalire a tale sintesi altissima. Per noi, il Diritto si concreta negli istituti giuridici, che ne sono la manifestazione immediata. E noi vediamo che l'istituto giuridico, indipendentemente dal riconoscimento esteriore che in uno stadio sviluppato gli viene dall'autorità suprema dello Stato, l'istituto giuridico, noi diciamo, riposa originariamente sul sentimento generale della comunità, la quale trova che quei determinati rapporti, uopo è si risolvano con quella norma determinata. Così il Diritto trova la sua prima espressione nella *consuetudine*, forma oramai subordinata come fonte *positiva* del Diritto, ma che tuttavia ha una grandissima importanza dal punto di vista metodico, in quanto ci dimostra la formazione *spontanea* del Diritto. Data questa base, agevole riesce spiegarsi come lo sviluppo posteriore del Diritto si uniformi alle modificazioni di siffatta coscienza giuridica popolare, che a sua volta si uniforma al lento e continuo mutarsi dei rapporti, cui la norma giuridica si riferisce per regolarli.

22. — Così la scuola, cui noi apparteniamo, è quella così detta *storica*, la quale a noi appare come un'applicazione particolare del metodo induttivo alle scienze giuridiche. Fondata dal Savigny, ma con punti di vista particolari, questa teorica non ha certamente avuto nè quello sviluppo, che pure le è necessario, nè quelle applicazioni di cui è capace. Da ciò quella certa vaghezza in taluna delle sue nozioni essenziali, che gli oppositori di essa le rimproverano, come difetti inerenti e indivisibili dai suoi principii informatori. Non è qui certamente il luogo di ricostruire la teorica: ci basti augurarci che a questo scopo si rivolga l'attenzione dei giuristi, e procediamo ad una breve applicazione di questo criterio metodico alla nostra teoria dello Stato.

23. — La considerazione storica dello sviluppo delle varie razze umane ci dimostra come l'organizzazione politica è una forma la quale costantemente raggiungono certi popoli in certi stadi di civiltà. Ci mostra altresì come l'attitudine a costituire una tale organizzazione e a farla progredire varia notevolmente da popolo a popolo, e varia con l'attitudine di un dato popolo a raggiungere un grado più eminente di civiltà. Così, mentre certi popoli barbarici pare che si siano fermati a certe organizzazioni primitive, di cui può dubitarsi se costituiscano o no uno Stato, questa forma ha invece raggiunte le sue forme più complesse e più progredite in quella razza, la quale certamente a tutte le altre sovrasta, cioè nella razza ariana.

24. — Lo studio delle antichità ariane, fatto in base ai criteri della filologia comparata e al confronto delle più remote tradizioni a noi pervenute, basterebbe a dimostrare come la prima forma di organizzazione politica abbia avuto per base la famiglia, intesa non già nel senso moderno, ma come un piccolo tutto organico, rigorosamente subordinato all'autorità del capo di famiglia, e di cui facevano parte non solo i figli e i nepoti, ma altresì gli estranei, che vi si aggregavano per averne sussistenza e difesa (clientela), e tutto il patrimonio familiare che stava in rapporto alla famiglia, in quel nesso organico con cui il territorio si concepisce in rapporto allo Stato.

25. — Questa forma rudimentale si connette con una organizzazione più larga, in cui il vincolo dell'obbedienza ha ancora per fondamento principale i vincoli del sangue, ma questi si son fatti più remoti, e la sfera delle persone soggette si è considerevolmente allargata. Questo secondo momento suppone dunque lo stato di convivenza di più famiglie, discendenti da uno stipite comune, *tribù, clan, gens;* viene finalmente il terzo

stadio in cui la subordinazione è oramai diventata esclusivamente *politica,* in cui si afferma l'esistenza di un potere *sovrano,* avente una ragione autonoma all'obbedienza dei consociati: sorge lo *Stato.*

26. — Di questa evoluzione conserva tracce nitidissime e ce ne dà un ricordo storico indiretto, ma prezioso, la costituzione politica di uno dei più grandi popoli, cioè il romano. Quando esso comincia ad avere una storia, già lo *Status romanæ reipublicæ* si è in verità formato; ma il passaggio dalle altre forme rudimentali è così vicino, che i caratteri salienti di queste si conservano meravigliosamente. Da ciò il carattere evidentemente politico della famiglia romana: unità organica che trova la sua espressione nel *pater familias,* che esercita, sui suoi sottoposti, poteri che con vocabolo moderno chiameremmo giurisdizionali, e che si riassumono in quella formola così espressiva: *pater familias in domo dominium habet.* E la *gens* conserva altresì la sua autonomia nei giudizi propri e persino nei propri riti religiosi (*sacra gentilicia*) e sino a potere intraprendere una spedizione armata per conto proprio, come fece gloriosamente la gente Fabia, quasi tre secoli dalla fondazione della città.

27. — Così questa semplice considerazione *storica* ci dimostra lo Stato sorgere come effetto naturale e spontaneo di una storica evoluzione, ed il confronto con le vicende di altri popoli primitivi conferma una tale dimostrazione. È dunque una forma di giuridica convivenza, la quale un popolo raggiunge in un determinato stadio di sua civiltà; e, così affermatosi, noi vediamo lo Stato svilupparsi, crescere, deperire come ogni altro organismo, e vediamo altresì come le forme ultime di politica organizzazione da certi popoli raggiunte passano come eredità in altri popoli, i quali alla lor volta sviluppandole, l'idea di Stato con un processo secolare,

ma continuo, va diventando sempre più complessa, raggiunge le forme odierne, le quali confrontate coi tipi primitivi apparirebbero sostanzialmente diverse e quasi *ex novo* create, mentre invece una semplice considerazione delle forme intermedie ce ne dimostra il legame non interrotto. Naturale dunque l'origine, le manifestazioni, lo sviluppo: ecco quanto a noi basta per dare un fondamento scientifico alla teoria dello Stato. Così, in antitesi a tutte le scuole individualistiche, noi non subordiniamo l'esistenza di esso alla manifestazione della volontà individuale, la ricaviamo bensì da una ragione di essere autonoma, che fa di quello un organismo avente proprie leggi ed un modo proprio di sviluppo.

Capitolo III.

Classificazione delle scienze di Diritto pubblico, sociali e politiche. — Ordine giuridico e ordine politico.

28. — Importa grandemente stabilire su basi certe gli elementi sistematici di una scienza, e in particolare della nostra, in quanto uno dei difetti che in essa principalmente si lamentano è la mancanza di una sfera scientifica rigorosamente determinata. Perciò, prima ancora di venire alla definizione del contenuto proprio di essa, crediamo conveniente premettere lo studio relativo ai confini che la separano dalle altre affini e fra cui la confusione può riuscire più facile, ed è di fatto avvenuta. Perciò non immoriamo su talune distinzioni, la cui portata è così semplice che non ha dato mai luogo ad alcun serio dubbio. Così è per la distinzione fra il Diritto pubblico e il Diritto privato. Può avvenire

la confusione nell' attribuire, nei vari esami particolari, un criterio pertinente al Diritto privato con uno che il Diritto pubblico concerne, ma ciò dipende da un' erronea valutazione dei principii medesimi e non già dalla loro posizione sistematica, la quale, ripetiamo, non dà luogo a dubbio. Ed essa fu già posta dai giuristi romani, sicchè la scienza posteriore poco o nulla vi ha aggiunto. *Publicum ius,* così lasciò scritto Ulpiano in fr. 1, § 2, *de iust. et iur.* (1, 1), *est quod ad statum rei romanæ spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem.* Dunque il contenuto essenziale e la nota caratteristica del Diritto pubblico in antitesi al Diritto privato sta in ciò che l' uno ha per obietto lo Stato, l' altro i rapporti fra privati.

29. — Così non presentano difficoltà altre distinzioni affatto obiettive. Così per il Diritto internazionale che si distingue dal Diritto pubblico interno, in quanto il primo suppone la relazione fra *più* Stati, mentre lo studio dell' altro si limita alla vita giuridica di uno Stato soltanto. Così per il Diritto penale, che suppone l' infrazione delittuosa del Diritto, i modi di accettarla e reprimerla.

30. — La nostra attenzione deve dunque principalmente rivolgersi ai rapporti sistematici che passano fra le così dette scienze di *Diritto pubblico interno, sociali e politiche.* La ragione per cui questa distinzione presenta insieme maggiore interesse e maggiore difficoltà è che tutte queste scienze hanno un contenuto materiale *identico,* e le differenze loro, comunque gravissime, hanno una esclusiva ragione sistematica, sicchè se il sistema non è rigorosamente determinato, la confusione riesce inevitabile. E crediamo opportuno a questo riguardo avvertire che in questi argomenti non solamente sono incerti i limiti reciproci fra le scienze, ma nemmeno la terminologia può dirsi assolutamente determinata, sicchè, a modo di esempio, occorre non

di rado di sentir chiamare il Diritto costituzionale scienza « sociale » o « politica: » le quali denominazioni non sarebbero certamente errate se ad esse si dà il senso naturalmente vago dell'uso comune, ma contengono un errore sostanziale, e bisognerebbe naturalmente evitarlo con ogni cura, se a queste espressioni si dà un senso tecnico e scientifico.

31. — Abbiamo detto che tutti questi vari ordini di scienze hanno un contenuto materiale identico. Difatti esse hanno per obietto del loro studio le due nozioni di Stato e Società, che noi abbiam visto materialmente coincidere, comunque grave sia la loro distinzione (confr. nº 5). Ora quella classificazione scientifica, che noi dobbiamo stabilire, uopo è che muova dalla valutazione dei modi diversi con cui queste nozioni sono da queste varie scienze studiate.

32. — Un primo ordine di scienze ha per obietto lo studio della Società e dei rapporti diversi che questa nozione suppone (nº 4). Tipo di questa maniera di scienze è l'*Economia politica:* vi si aggiunge la *Statistica* e quella *Sociologia*, il cui organismo scientifico non è ancora adulto, ma che sarebbe destinata a rendere grandi servigi se ne fosse bene inteso il fine ed appropriato il metodo. Tutte queste scienze si chiamano *sociali;* e come noi sappiamo che la Società non è un organismo giuridico, così esse sono altresì prive di qualsiasi carattere giuridico.

33. — Un secondo gruppo di scienze studia esclusivamente lo Stato, *prescindendo dai rapporti sociali,* nella sua organizzazione, nella sua vita. Esse sono il *Diritto costituzionale* e la *Politica*. Ma accanto a questi due ordini di scienze che studiano separatamente quelle due nozioni, sta un terzo ordine, il quale suppone lo studio dei *rapporti* che *fra lo Stato e la Società* naturalmente si stabiliscono. In quanto dunque lo Stato

ha una missione da adempiere nei rapporti sociali, sorgono due scienze: il *Diritto amministrativo* e la *Scienza dell'amministrazione*, la quale è poi l'ultima venuta in questa serie.

34. — Fin qui i rapporti appaiono netti e precisi: la difficoltà maggiore nasce quando si tratta di distinguere fra loro le scienze comprese in questi due ultimi ordini scientifici, i quali, distinti fra loro nel modo che si è detto, contengono però rispettivamente due altre scienze, cioè il Diritto costituzionale e la Politica da un lato, il Diritto amministrativo e la Scienza dell'amministrazione dall'altro lato. La portata della distinzione appare qui a noi identica, così nell'uno che nell'altro rapporto, e risponde a quella distinzione, per i nostri studi fondamentali, tra *ordine giuridico* e *ordine politico*.

35. — Lo studio scientifico della vita di quel grande organismo, che è lo Stato, dà luogo ad un'osservazione che a prima vista sembra racchiudere una contradizione insormontabile, ma che risponderebbe a quell'antitesi fra l'io e il non io, che ha tanto affaticato le scuole metafisiche. Da un lato, le leggi che regolano la vita di quell'organismo appaiono naturali e necessarie, prodotto ultimo ed inevitabile di una evoluzione storica (confr. n° 27). In questo senso altresì i vari rapporti, cui lo Stato dà luogo, paiono improntati allo stesso carattere di necessità, per cui con logica, obiettiva ed assoluta certezza, dato un popolo determinato, in un determinato ambiente, esso ha un insieme di istituzioni politiche, la cui portata, i cui termini, il cui contenuto deve necessariamente esser quello.

36. — Ma un'osservazione anche superficiale rivela nella vita dei popoli un'attività auto-cosciente per cui essi, lungi dal rassegnarsi, inerti, a quest'azione delle leggi naturali, reagiscono poderosamente su di esse; hanno la coscienza della loro libertà, libertà di scelta

tra varie istituzioni, libertà, soprattutto, nel modo di adattarle, modificandole, ai loro bisogni. Da ciò quel lavorio incessante, quell'attività febbrile, maggiori dove maggiore è lo sviluppo civile ed intellettuale di un popolo, e rivolte alla valutazione dei pregi e dei difetti di una forma politica, dei mali che affliggono lo Stato e dei mezzi onde rimediarvi.

37. — L'antitesi di questi punti di vista apparirebbe insormontabile, salvo che con criteri metafisici. Ma l'indirizzo positivo, a cui noi apparteniamo, non si cura di ridurre ad armonia queste antinomie: ad esso basta l'osservazione e la constatazione di queste due verità, solo che ad ognuna di esse fa corrispondere due ordini scientifici diversi. Su queste basi noi fondiamo la distinzione fra ordine giuridico e ordine politico: l'uno suppone lo studio di rapporti naturali e necessari, l'altro la variabilità di essi a seconda della cosciente attività della ricerca subiettiva. Così il Diritto costituzionale si distingue dalla Politica, e così anche (modificando naturalmente i termini, pel variare del contenuto) il Diritto amministrativo dalla Scienza dell'amministrazione.[1]

38. — Ma per quanto la distinzione fra Diritto e Politica sia certamente grave ed essenziale, bisogna dire che essa, date almeno le odierne condizioni della scienza, potrà difficilmente indurre una separazione *formale* fra le due scienze. Da troppo tempo quella distinzione è stata inosservata; e per ciò una così grande quantità di criteri politici si è introdotta nella sfera giuridica e viceversa, che, ripetiamolo, dato il senso e la portata

[1] Su quest'ultima distinzione qui non immoriamo perchè estranea ai fini propri di questo lavoro. Rinvieremo il lettore, che desideri studiare una più larga applicazione di questi principii, al nostro articolo *Diritto amministrativo e Scienza dell'amministrazione* nell'*Archivio giuridico*, XXXVIII, fasc. 5 e 6.

che attualmente ha la scienza nostra, sarà difficile, e forse impossibile, creare una *scienza della Politica,* completamente distinta dal Diritto costituzionale. Ciò potrà farsi quando quella parte *generale,* che alla scienza nostra rimane, sarà venuta meno per dar luogo ad una *scienza del Diritto pubblico positivo di uno Stato determinato* (confr. appresso nº 41). Ed anche allora potrà meglio conseguirsi una forma più specifica di scienza politica, la quale, conforme del resto ai suoi fini, potrà rivolgersi allo studio delle politiche condizioni di un dato popolo in un dato momento storico.[1]

39. — Ma, nello stato attuale del Diritto costituzionale, il prescindere completamente da criteri politici non sarà possibile, appunto per l'indole generale che l'informa. Difatti, dato un istituto politico, la nostra scienza lo studia anzitutto nel suo contenuto essenziale, e poi nelle varie legislazioni in cui esso si è attuato. L'uno e l'altro di questi studi hanno una portata essenzialmente giuridica. Il primo in virtù del suo contenuto medesimo, per una ragione che diremo *originaria,* il secondo per una ragione che diremo *derivata,*

---

[1] Crediamo degno di molto interesse rilevare che mentre i tentativi della ricostruzione generica di una « scienza della Politica » non si può dire che abbiano avuto molta fortuna (ricorderemo di questi tentativi i due più importanti, HOLTZENDORFF, *Die Principien der Politik,* tradotti ora in francese, Parigi 1888, e BLUNTSCHLI, *Die Politik als Wissenschaft,* tradotta in francese e in italiano), sono invece classici e possono valere come modelli del genere parecchi studi politici *speciali.* Così fra i lavori stranieri, basti citare quelli del Tocqueville sulla Democrazia in America e del Gneist sulla Politica inglese rapporto ai corpi locali. In Italia abbiamo gli studi in questo genere insuperati del Machiavelli: fra i moderni si può citare l'ammirevole scritto del BALBO, *Della Monarchia rappresentativa in Italia* (Firenze 1857) che l'autore con giusta intuizione della distinzione sistematica, intitolò *Saggi politici* e che contiene difatti uno studio d'indole strettamente politica intorno l'applicabilità della forma rappresentativa alle condizioni presenti d'Italia.

la quale è che il commento positivo di una legge è per sè stesso uno studio giuridico, indipendentemente dal vero contenuto della legge medesima. Ora il passaggio dai principii giuridici generali all' attuazione di essi in leggi positive, implica una valutazione politica, che non sarà possibile di trascurare, se non si vuole che il proprio studio resti monco e slegato. Se non che queste considerazioni pratiche non solo non tolgono il valore alla distinzione da noi fatta, ma ne accrescono anzi l' importanza. Appunto perchè nella nostra scienza è per ora inevitabile far capo a criteri politici, tanto più è necessario che il giurista non dimentichi la sua qualità e il suo cómpito, e che quegli ordini diversi si tengano distinti, e si stia in guardia contro l' equivoco e l' errore di confondere i criteri politici con i giuridici, sicchè qualche volta si è ridotti al punto da domandarsi, in vista di certe trattazioni, se una scienza che s' intitola *Diritto costituzionale* sia o non sia una scienza *giuridica!* Noi, da parte nostra, abbiamo messo la maggior cura nel tenere distinti quei due ordini, come al lettore occorrerà più volte di riscontrare:[1] e perciò diamo una grande importanza a che sia ben tenuta presente la ragione che a ciò ci muove, e il senso che noi vi diamo.

Capitolo IV.

Definizione della scienza.

40. — Da tutto l' anzidetto, sorgerebbe già spontaneamente la vera definizione della scienza nostra. Essa avrebbe per obietto lo studio del *Diritto, che compete*

---

[1] Confr., p. es., ni 86, 122, 140, 181, 238, 265, 311, 333, 334, 414.

allo Stato, o, più brevemente, del *Diritto dello Stato.* Concetto che gli scrittori tedeschi riproducono esattamente con la parola *Staatsrecht* e che, con espressione nostra, potrebbe dirsi « Diritto pubblico, » semplicemente. Vero è che l'uso comune dà a quest'espressione un significato assai più largo, comprendendovi anche il Diritto penale, il Diritto internazionale, l'Ordinamento giudiziario. Ma nulla vieterebbe di pigliare quell'espressione in senso stretto, il quale poi (ed a ciò non si è posto mente) corrisponderebbe al senso del Diritto romano, che primieramente fissò quella distinzione, e che disse *Ius publicum* quello relativo ad uno Stato determinato (*ad Statum rei Romanæ spectat*). Si avrebbe così il grande vantaggio di abbandonare l'espressione « Diritto costituzionale » che è per vari rispetti viziosa e ha dato luogo ad equivoci, come appresso vedremo.

41. — Concepita così la nostra scienza come *Diritto dello Stato,* essa si presterebbe ad una naturale distinzione, la quale trova riscontri analoghi in tutti i rami delle scienze giuridiche, ma avrebbe una ragion speciale per la scienza nostra. Difatti la nozione di Stato può concepirsi indipendentemente da ogni forma positiva: in questo senso, la teorica dello Stato avrebbe per obietto gli elementi essenziali di esso, i principii cui s'informa, i tipi principali storici in cui si è affermato con maggiore riguardo ai tipi moderni. Nè si dica che questo studio si comprenderebbe nei limiti della così detta filosofia del Diritto: Questa scienza si concepisce come una grande sintesi, nella quale la teoria dello Stato figurerà solo nei suoi dati fondamentali, che a questa sintesi la riconnettono; mentre quella scienza generale dello Stato, di cui noi tracciammo i limiti, sarebbe una scienza che studierebbe di proposito tutte le teorie subordinate che lo Stato suppongono ed avrebbe perciò una ragion d'essere autonoma. E poichè in essa la no-

zione di Stato è presa *in generale,* potrebbe questa scienza chiamarsi *Diritto pubblico generale.* Dall' altro lato la scienza potrebbe avere per obietto, come avviene nel campo del Diritto privato, l' ordinamento giuridico di un popolo determinato: avremmo allora il concetto di un *Diritto pubblico positivo,* il quale, pur giovandosi di opportune comparazioni e raffronti, sarebbe tuttavia particolare ad ogni Stato determinato, e, per noi, sarebbe il *Diritto pubblico italiano.*

42. — Questa distinzione, come ognuno vede, appare semplicissima e razionale, ed ha fatto un' eccellente prova in Germania, dove, accanto all'*allgemeines Staatsrecht,*[1] è sorto ed ha vita rigogliosa ed autonoma il *deutsches Staatsrecht.*[2] Tuttavia in Italia questa distinzione non è stata adottata; e il concetto della scienza si è tolto ad altri criteri, prevalenti principalmente nella scuola francese. Fedeli a quei proponimenti che noi ci siamo prefissi (confr. *Introduzione,* pag. 10), noi, volendo per quanto è possibile conformare il presente studio ai criteri prevalenti nell' odierno indirizzo scientifico italiano, procediamo ora all' esame della definizione in esso prevalente, augurandoci che il futuro indirizzo si uniformi a quegli altri, che superiormente abbiamo esposti e che ci sembrano astrattamente assai preferibili.

43. — Poichè il nostro studio dovrà limitarsi ai soli scrittori italiani, noi rileveremo in essi tre tipi di de-

---

[1] A questo genere, che più si avvicina al tipo italiano, appartengono le opere di Bluntschli (*Allgemeine Staatslehre* e *Allg. Staatsrecht*), di Mohl (*Encyklopedie der Staatswiss.*), di Seydel (*Grundzüge einer allg. Staatslehre*), e, in un certo senso, anche i trattati non recenti di Diritto pubblico germanico che trattavano con una certa larghezza le teorie *generali* della scienza: così è per esempio il *D. Staats-und Bundesrecht* di H. A. Zachariæ.

[2] Tali sono i trattati di Gerber, Laband, Rönne, Schulze, fra i recenti.

finizione, in cui i limiti della scienza nostra sono intesi sempre più ristrettivamente. Intendono alcuni il Diritto costituzionale come quello che studia « la costituzione dei paesi liberi » (Casanova, Palma); altri « la costituzione degli Stati retti con forma rappresentativa (costituzionale) » (Arcoleo, Brunialti); altri « la costituzione degli Stati retti con la forma monarchico-rappresentativa » (Saredo). Quale sia il criterio scientifico da cui si fa discendere questo senso più o meno largo di intendere la scienza, è difficile rilevarlo: noi cercheremo di stabilire siffatto criterio, riferendo la teoria italiana alle considerazioni generali da noi fatte. In altri termini, mantenendo ferma la base che il contenuto essenziale della scienza nostra è il Diritto dello Stato, noi cercheremo di stabilire quale sia l'idea di Stato cui la teoria italiana si riferisce, cercando così di conciliare i termini che noi crediamo obiettivamente esatti con quelli attualmente dominanti nelle scuole italiane.

44. — Confrontando quella idea di Stato, a cui, secondo ognuna di quelle tre maniere di definizione, si riferisce la nostra scienza, con le idee di Stato generale e di Stato positivo, noi troviamo che la più larga fra esse è ristretta di fronte all'idea di Stato generale, e d'altra parte la più ristretta fra esse è larga di fronte all'idea di Stato positivo. Difatti, estendendo lo studio del Diritto costituzionale alle sole costituzioni dei popoli liberi, non abbiamo più l'idea di Diritto pubblico generale, il quale studia tutte le forme di Stato, quindi anche le non libere e le semilibere. E dall'altro lato, anche limitando la scienza al solo studio delle forme monarchico-rappresentative, non si può dire che si abbia per obietto solo il Diritto pubblico italiano, ma altresì in generale quello delle altre attuali monarchie rappresentative.

45. — Una base scientifica alla teoria italiana potrà quindi darsi supponendo che essa tenda a fondare una

nozione di Stato, la quale, ci si permetta l'espressione, sarebbe *intermedia* fra le due estreme di Stato generale e di Stato positivo: nozione, la quale sarebbe ristretta e concreta rapporto alla prima, larga ed astratta rapporto alla seconda. Questa nuova nozione di Stato noi chiameremmo la nozione dello « Stato moderno. » La scienza non avrebbe per obietto un'idea assolutamente astratta di Stato e non abbraccerebbe tutte le forme di esso, vissute nel tempo o esistenti nello spazio; e neppure si limiterebbe all'ordinamento giuridico di un popolo determinato. Essa studierebbe un tipo di Stato quale sorge dalle condizioni politiche odierne dei popoli inciviliti, principalmente europei ed americani.[1]

46. — Data questa base alla teoria italiana, noi abbiamo un criterio scientifico per scegliere fra i tre tipi suddetti di definizione. Un esame anche superficiale delle condizioni in cui in generale versano quei popoli, onde si ricava l'idea dello Stato moderno, mostra che la forma politica onde essi si reggono è la rappresentativa. Pare quindi che sia da preferirsi quel secondo tipo di definizione, per cui il Diritto costituzionale debba riferirsi non a tutte le forme libere e neppure alla forma monarchico-rappresentativa, ma bensì alla forma rappresentativa in generale.

47. — E difatti, una volta accettata l'astrazione di Stato moderno, una volta che non si vuole arrivare sino al concetto di un Diritto pubblico positivo, qual mai ragione potrà consigliare il limitarsi alla sola forma monarchico-rappresentativa? E se tutte le forme libere sono ammesse come obietto del Diritto costituzionale, non si avrà più evidentemente la nozione di Stato moderno; ma in tal caso perchè non venire senza altro

[1] Quest'idea dello « Stato moderno » fu molto felicemente messa in evidenza dal Mosca, *Le Costituzioni moderne* (Palermo, 1887), pag. 1 e segg.

all'idea di un Diritto pubblico generale, comprendente altresì lo studio anche delle forme dispotiche o semilibere? Alcuno degli scrittori darebbe a quest'esclusione un senso ostile verso le forme dispotiche affermando che esse sono «non conformi a ragione.» Ma queste preoccupazioni subiettive non possono avere accoglimento in uno studio scientifico; e non si può non riconoscere come naturali, fisiologiche o, se così vuolsi, «conformi a ragione» forme politiche nelle quali lungamente taluni popoli si sono adagiati, e in cui tuttavia durano. Il non essere queste forme più applicabili alle condizioni politiche nostre non è una buona ragione per negar loro obiettivamente il fondamento del Diritto.

48.—Possiamo quindi conchiudere definendo la scienza che formerà l'obietto del nostro studio, in una maniera che è l'effetto di un reciproco temperamento fra le varie esigenze, che abbiamo rilevato. Diciamo dunque che il Diritto costituzionale è per noi quella scienza, che studia l'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo moderno, con particolare riguardo alla costituzione positiva dello Stato italiano.

Capitolo V.

Lo Stato e il Diritto costituzionale italiano. Fonti di esso.

49.—Lo studio storico delle tradizioni politiche di uno Stato, in generale così importante e così fecondo e per cui tanta importanza ha per la scienza nostra la storia costituzionale inglese, ed in parte anche la tedesca, la francese, l'americana, ha in Italia un interesse quasi nullo, per quanto riguarda la valutazione delle odierne condizioni politiche. La ragione è abbastanza ovvia. Lo

Stato italiano manca di tradizioni storiche, non solamente per quanto riguarda la costituzione politica, ma per quanto riguarda l'esistenza dello Stato medesimo. In ciò la condizione nostra è incomparabilmente peggiore di quella di altri popoli, presso cui la mancanza di tradizioni dirette si limita solo alla forma di governo. Così è che lo studio dell'*Ancien Régime* ha potuto in Francia dare non poca luce a molte delle istituzioni vigenti e soprattutto a quelle dell'ordine amministrativo. Dappoichè, data la continuità della vita dello Stato, le grandi crisi rivoluzionarie possono interrompere e attenuare, ma non estinguere, la forza delle tradizioni. L'esistenza dello Stato italiano invece non conta che pochi anni di vita.

50. — Questa difficoltà viene ancora aggravata da un'altra. Anche presso altri popoli, i quali hanno solo raggiunto in tempi moderni l'unità di popolo e presso i quali manca, come in Italia, la tradizione storica, così della forma politica come dello Stato medesimo, si riscontra almeno nelle varie frazioni in cui furon divisi uno sviluppo analogo e l'esistenza di certi nessi, ora deboli, ora forti, pei quali la vita di quel popolo, quantunque scisso, può ricondursi ad una relativa ed astratta unità: questo può dirsi del popolo tedesco. Se non che neppure questa, che diremmo simultaneità di sviluppo storico, si riscontra fra le varie parti nelle quali l'odierno Stato italiano fu per secoli diviso. Nel mezzogiorno d'Italia prevalse e durò la forma monarchica con la tendenza ad una costituzione più unitaria, e, principalmente in Sicilia, la forma rappresentativa potè raggiungere una pienezza e uno splendore, che trova un confronto in certi secoli della costituzione inglese. Nella parte settentrionale invece prevalse nel medio evo da un lato la forma repubblicana dei comuni, dall'altro lo sminuzzamento feudale in piccole signorie, gli uni

e le altre aspiranti ad un'indipendenza irrequieta. L'esistenza poi di uno Stato teocratico, forte di una grande influenza spirituale, le straniere invasioni e dominazioni furono anch'esse cause non ultime che determinarono quella straordinaria varietà di sviluppo storico, la quale, aggiungendosi alle divisioni esistenti ed aggravandole, fe' sì che, come si è accennato, ben si può dire che la tradizione storica al presente Stato italiano manchi assolutamente. Il che può tanto più confortarci dei risultati ottenuti e renderci meno pessimisti e più pazienti nel valutare e nel sopportare i mali delle attuali nostre condizioni politiche.

51. — L'odierno Stato italiano, quantunque nel fatto sorto da un procedimento rivoluzionario, tuttavia, formalmente, esso vennesi costituendo per mezzo dell'allargamento successivo di un piccolo Stato, il quale aveva davvero una vita secolare. Sia per mezzo di volontarie annessioni di popoli, che avevano cacciato i loro antichi sovrani, sia per mezzo di annessioni conseguite con la forza delle armi o con trattati internazionali nel 1859, 1860, 1866, 1870, l'antico Regno di Sardegna venne a poco a poco estendendosi sull'Italia tutta, proclamandosi Regno italiano nel 1861. E fu allora che con grande senno politico questa continuità dello Stato, sia pure formale, dappoichè altrimenti non poteva conseguirsi, venne gelosamente curata, non mutandosi nel nome del Re il numero relativo alla serie dei suoi predecessori e collegando la serie delle legislature parlamentari con quella del Parlamento subalpino.

52. — Lo stesso avvenne per la forma politica. Fondamento costituzionale del novello Stato rimase quel medesimo Statuto che il 4 marzo 1848 era stato accordato ai suoi popoli dal re Carlo Alberto, e mantenuto tra le gravi vicissitudini degli anni che seguirono. Quello Statuto, come in generale gli altri del

tempo, fu formulato a simiglianza della *Carta* francese, la quale aveva introdotto la forma rappresentativa inglese con temperamenti che rivelavano una certa diffidenza contro gli elementi democratici. Nel Regno subalpino invece, e fu questa insieme grande fortuna e grande merito dei reggitori, la concessione di queste franchigie costituzionali, se fu nella forma analoga alle altre del tempo, ne differì per la sostanza, e ciò ne assicurò la durata. Essa non fu strappata al Re dalla violenza di un popolo in rivolta: e quando la reazione, dovunque prevalente, avrebbe permesso alla Corona, forse con immediato vantaggio, di revocarla, vi rimase fedele non solo, ma ne assicurò lo sviluppo, piuttosto nel senso liberale che autoritario. Così sino dai suoi primordi la forma del nostro Stato fu non semplicemente rappresentativa, ma altresì parlamentare (confr. nº 298) e permise che si raffermassero quei vincoli di affetto e di fiducia fra il popolo e il principe, che permisero la grande opera del risorgimento nazionale, e che soli possono garentire l'esistenza, la tranquillità e la forza dello Stato recente.

53. — Quali sono le fonti di questo nostro Diritto costituzionale così formatosi? Questo esame, che noi faremo con particolare rapporto allo Stato italiano, ha una portata scientifica generale, e può valere altresì per quanto riguarda le *fonti del Diritto costituzionale* in generale. Per altro, questa materia ha avuto un largo sviluppo nel diritto comune, i cui principii si applicano alla nostra materia. Così noi distingueremo la *legislazione*, la *consuetudine* e la *giurisprudenza* (in senso largo, comprendente non solo la giudiziaria, ma altresì la parlamentare, e il così detto *Diritto scientifico*).

54. — In uno Stato progredito, fonte principale del Diritto è la *legge*, cioè la dichiarazione di una norma giuridica fatta con segni esterni e rivestita di un impero as-

soluto dalla competente autorità dello Stato (confr. nº 167). Tutte le leggi che regolano il Diritto pubblico dello Stato (fatta eccezione di quelle che hanno rapporti colla pubblica amministrazione) sono una delle fonti della scienza nostra. Oltre lo Statuto citato che contiene le fondamenta della costituzione le principali leggi di ordine costituzionale sono le seguenti: Legge elettorale 22 gennaio 1882; legge sull'incompatibilità parlamentare 13 maggio 1877; legge sulle prerogative del sommo Pontefice e sulle relazioni dello Stato colla Chiesa 13 maggio 1871; regolamenti interni del Senato e della Camera dei deputati; legge sulla stampa del 26 marzo 1848 colle modificazioni posteriori; legge sulla Corte dei Conti del 14 agosto 1862; di pubblica sicurezza del 20 marzo 1865; sulla lista civile, 5 febbraio 1868 con le posteriori sino al 31 maggio 1877; oltre le varie leggi che garantiscono o limitano la libertà dei cittadini, come quelle sulla leva, sulla giuría, molte disposizioni di diritto e procedura penale, sull'espropriazione per causa di pubblica utilità, ec. ec. A questa fonte di Diritto si possono aggiungere quelle generali ordinanze che il potere esecutivo emette nei limiti delle proprie attribuzioni: tale per esempio il R. decreto 25 agosto 1876 che regola le attribuzioni del Consiglio dei ministri, o del 4 gennaio 1880 che attua il principio costituzionale dell'inamovibilità dei giudici.

55. — Seconda fonte del Diritto è la *consuetudine.* Quanto abbiamo detto sull'origine generale del Diritto spiega e dimostra l'importanza grandissima che ha la consuetudine; e per gli elementi generali che la costituiscono rimandiamo ai trattati generali di filosofia del Diritto. Qui solo importa di avvertire come la consuetudine ha nel campo del Diritto privato perduto praticamente quasi ogni importanza. Ciò si deve al sistema dei *Codici,* il presupposto dei quali è appunto di voler

regolare con una dichiarazione espressa tutti i possibili rapporti che possano nel fatto verificarsi. Invece la consuetudine conserva nel campo dèl Diritto pubblico un'importanza pratica grandissima. La ragione di questa differenza è duplice. Una si riferisce alle condizioni particolari delle fonti legislative del nostro Diritto pubblico. Mentre il Diritto privato si collega, con una relazione non interrotta di più secoli, col Diritto romano, e si giova quindi del mirabile sviluppo sistematico di esso, il nostro Diritto pubblico manca quasi affatto di rapporti tradizionali, e ha dovuto prendere per modello leggi di altri popoli con un procedimento non di rado precipitoso, anzi abborracciato: per la quale ragione il sistema legislativo riesce da un lato incompleto, dall'altro lato difforme con le vere tendenze dello spirito nazionale: difetti cui una consuetudine può rimediare. La seconda ragione poi ha una gravità maggiore, come quella che è inerente alla natura medesima del Diritto pubblico. Difatti molti dei principii di esso, e per avventura fra i più gravi ed importanti, sfuggono ad una dichiarazione precisa ed assoluta, e mal si prestano a essere contenuti nella rigidità di una formula. Così è che molta parte del Diritto pubblico inglese si fonda sulla consuetudine; così è che nella nostra Italia medesima la consuetudine conserva una efficacia non lieve; anzi, non di rado, nel corso del nostro studio vedremo persino posta e risoluta negativamente la quistione se convenga o pur no regolare con legge alcuni rapporti del Diritto pubblico (confr., p. es., n[i] 206, 327). La consuetudine agisce poi tanto come *innovatrice,* quanto come *abrogatrice* (*desuetudine*): come esempi del primo genere basti ricordare che il principio medesimo su cui il governo parlamentare si forma, cioè l'accordo fra il Parlamento e il Gabinetto, non si trova scritto in nessuna legge; come esempi del secondo, i diversi articoli dello

Statuto i quali non sono più osservati senza che alcuna legge lo avesse espressamente dichiarato (art. 1°, confr. n° 386; art. 28, 2° comma, confr. n° 391 ; art. 53 confr. n° 195; art. 77 in fine e 80).

56. — Viene finalmente la giurisprudenza la quale, come abbiamo ricordato, abbraccia così i pronunziati dei collegi giudiziari, come le deliberazioni parlamentari, e finalmente il Diritto scientifico inteso come elaborazione delle varie fonti del Diritto e raffronto cosciente di esso cogli istituti giuridici corrispondenti e colle leggi o consuetudini analoghe di altri popoli. Nel corso del nostro studio avremo non di rado occasione di ricorrere a queste fonti, mostrandone praticamente l'importanza e il modo di usarle (per la giurisprudenza giudiziaria confr., p. es., n° 171 in nota, per la giurisprudenza parlamentare, n[i] 235 e 404).

LIBRO SECONDO.

LE TEORIE FONDAMENTALI.

CAPITOLO I.

Teoria della sovranità.

57. — Si suol definire la sovranità come la fonte di tutti i poteri pubblici, come un diritto supremo in cui tutti gli altri diritti particolari trovano la loro sintesi e la loro ragion comune. Una tale definizione non è erronea, ma ha il difetto di definire il concetto non tanto in sè stesso quanto negli effetti cui dà luogo. Quando avremo saputo che dalla sovranità origina ogni pubblica autorità non sapremo per ciò che sia la nozione di sovranità.

58. — Un illustre scrittore tedesco, il Gerber, precisava scientificamente i veri termini della nozione di sovranità, definendola «la potestà di volere, in un morale organismo concepito come persona.[1]» Questa definizione, il cui contenuto segna secondo noi un benefico progresso nella storia scientifica di questa teoria, vuol essere però più precisa e complèta. Noi diremmo che, nel concetto del Gerber, la sovranità corrisponda, in

---

[1] GERBER, *Grundzüge* cit., § 7.

rapporto all'organismo dello Stato, al cartesiano *cogito, ergo sum*. In altri termini, dunque, essa risponde al momento dell'affermazione della personalità dello Stato; ma, e da questo lato la definizione del Gerber è difettosa, la determinazione di quel momento non ci dà ancora la completa nozione di sovranità, dappoichè la semplice affermazione della personalità ci offre piuttosto il lato psicologico che il lato giuridico della quistione. Non si tratta che di trarre una conseguenza; ma bisogna pur trarla.

59. — Nella sfera individuale, l'affermazione della personalità umana dà luogo all'istituto giuridico della capacità. Tutti i diritti subiettivi che ad una persona competono sono una conseguenza di questa capacità giuridica. Non diversamente avviene per quel grande organismo che è lo Stato. Egli si afferma come persona: ed è in questa affermazione che si comprende tutta la sua capacità giuridica ed è a questo momento che corrisponde la nozione di sovranità. Noi quindi, modificando la definizione del Gerber, definiremmo la sovranità come l'affermarsi dello Stato come giuridica persona, e quindi la fonte della sua generale capacità di diritto. E del modo istesso che la capacità giuridica dell'individuo comprende tutti i diritti di esso, così la sovranità, affermazione della capacità giuridica dello Stato, comprende tutti i diritti pubblici o, con espressione sintetica, essa stessa è il *Diritto dello Stato*. Si vede come da questo lato, concernente gli effetti, noi siamo tornati al concetto della teoria dominante, cui accennammo in principio (nº 57).

60. — Precisati così i termini della questione, apparirà manifesto qual vizio organico fosse inerente a quella ricerca, assai più vecchia della scienza nostra, circa la giustificazione della sovranità secondo i vari modi onde se ne deriva la fonte. Ricordiamo le quattro

teorie fondamentali, le quali hanno tuttora rappresentanti e difensori:

a) teoria teocratica: la sovranità risiede in Dio ed è esercitata in suo nome dai rappresentanti di esso, diretti o indiretti;

b) teoria legittimista: la sovranità si riassume nel principio di tradizione, per cui un'autorità (e in particolare una dinastia) che ha esercitato il potere supremo politico ha per ciò stesso il diritto di conservarlo;[1]

c) teoria radicale: la sovranità risiede nella volontà popolare, intesa come l'espressione della maggioranza numerica dei consociati, riuniti in assemblea;

d) teoria liberale, che, all'espressione di sovranità popolare sostituendo l'espressione di sovranità nazionale, afferma che essa risiede bensì nel popolo, ma concepito come un tutto giuridicamente organico.

61. — A parte quanto di vero o di falso può in particolare riscontrarsi in queste teoriche, esse partono da un comune presupposto erroneo, il quale è di confondere il contenuto intrinseco della nozione di sovranità con le forme eventuali con cui essa si esercita o può esercitarsi. Chi ben guardi, questa seconda maniera di considerare la quistione costituirebbe piuttosto la *teoria politica delle forme di governo:* ma il contenuto della sovranità non muta, come l'idea della capacità giuridica dell'individuo, in sè medesima, non muta, sia che s'intendano largamente o limitatamente i diritti all'individuo concessi. La sovranità è la manifestazione esterna della vita giuridica dello Stato, e, come tale, essa non può mutare nè muta col mutare delle forme di governo. Se ci si permette qui un'analogia per meglio spiegare questi concetti necessariamente sottili, noi di-

[1] Enunciamo così il principio *puro* di questa scuola; del resto, essa in generale si collega pure colla scuola teocratica dando una derivazione divina all'autorità regia.

remmo che, nel modo stesso, le differenze etnologiche indurranno differenze radicali tra un ariano, un semita, un mongolo o un negro; ma il principio vitale per cui ognun di essi si afferma come uomo, qualitativamente, non varia. Così, per gravi che possano sembrare le differenze tra uno Stato teocratico o legittimista o radicale o liberale, il principio sovrano onde la personalità dello Stato si afferma, non può variare in nessuno di essi.

62. — Con ciò non si vuol già dire che la scienza non possa procedere alla ricerca del *fondamento* della sovranità. Ma oltre che in tale esame si debbano tener presenti i principii, superiormente fermati, uopo è avvertire altresì che appositamente noi per indicare il problema ci serviamo dell' espressione « fondamento della sovranità, » prescindendo dunque dalla « giustificazione » di essa in qualunque forma politica sia poi attuata. Intesa nel senso nostro, la sovranità non ha bisogno di giustificazione; essa è l' espressione di un fatto naturale e necessario, cioè che, dato un organismo politico, esso afferma la sua personalità giuridica. E conformemente ai nostri criteri metodici, tutto ciò che attiene all' ordine naturale delle cose non abbisogna di giustificazione.

63. — Questa ricerca del fondamento della sovranità non si riduce quindi, secondo noi, che alla determinazione analitica dei vari elementi di cui essa consta. Qui troviamo una formula prevalente nella scuola tedesca, cioè che « la sovranità è dello Stato. » Dopo quanto si è detto, questa formula costituirebbe una petizione di principio e, per sè stessa, non aggiungerebbe nulla alla nozione che si vuole determinare. Tuttavia l' ammetterla può essere utile, in quanto essa mette in rilievo l' antitesi che separa la nostra teorica da tutte le altre che si affannavano a cercare il fondamento della sovranità in elementi estranei al Diritto pubblico, come

nel principio teocratico o dinastico o individualistico (da cui deriva la teoria radicale) o, finalmente, in astrazioni di ordine etico, come la ragione, la morale e simili.

64. — Ma ancora non abbiamo alcuno di quegli elementi specifici, che noi ricerchiamo nella nozione di sovranità, ma piuttosto una esplicazione di un concetto evidentemente compreso in quella. Procedendo dunque a tale ricerca, noi ricordiamo che la sovranità, come abbiamo detto, contiene tutto il Diritto dello Stato nella sua più elevata espressione: il fondamento quindi di questo Diritto non potrà essere sostanzialmente diverso dal generale fondamento di ogni Diritto, cioè, riferendocene alle teorie generali da noi esposte, diremo che esso riposa nella coscienza collettiva del popolo, in un sentimento uniforme, che nasce dall'indole giuridica, dai precedenti storici, dalle attuali influenze dell'ambiente in cui un popolo versa.

65. — In questo senso può dunque dirsi che la sovranità riposa sulla coscienza popolare. Con ciò noi, in certo modo, ci avviciniamo alla teoria liberale, pur distinguendocene in quanto noi escludiamo l'*elemento volontario,* che in quella è dominante, e che suppone la riflessione e la libertà, mentre questa coscienza popolare, su cui noi fondiamo il Diritto in generale e la sovranità in particolare, è l'effetto di una determinazione storica, e quindi naturale e necessaria. La riprova del qual principio gioverà meglio a spiegarlo ed affermarlo. Secondo noi tutte le istituzioni politiche, in uno Stato vigenti, suppongono, implicitamente ma necessariamente, il consenso della comunità. È un'osservazione così ovvia che forse per la sua stessa evidenza è stata lungamente trascurata dalla scienza; ma è tuttavia certo che se una forma di politico reggimento non fosse consentita, essa non potrebbe sussistere, ben inteso prescindendo dai periodi transitorii e patologici, durante

i quali essa può essere imposta dalla forza, temporaneo ostacolo di cui il Diritto finisce con trionfare. Qui meglio si osserva la differenza fra il senso relativo e politico delle teorie dominanti sulla sovranità, e quello nostro assoluto e giuridico. Così, mentre per la teoria radicale e per la liberale, la sovranità si fonda esclusivamente sulla volontà popolare o nazionale, che dir si voglia, *conscientemente manifestata,* dunque legittimamente esistente solo nelle forme *libere,* per noi invece questo consenso generale della comunità, elemento costitutivo del principio sovrano, si riscontra presso tutti gli Stati, anche presso quelli retti con forme non libere. Così per quelle teorie, queste forme sarebbero contrarie al Diritto, e non si spiegherebbe allora come esse siano state e siano tuttora una maniera fisiologica, naturale, normale, e perciò giuridica, di politica convivenza.

66. — Ma ogni Diritto, comunque fondato su questo sentimento generale della comunità, suppone una forma esterna in cui si attua: da ciò la regola giuridica, la consuetudine, la legge. Nella sfera del Diritto pubblico questa esterna attuazione si compie per via di un complesso di istituzioni politiche, che con espressione sintetica possiamo chiamare *governo.* Anche qui noi dobbiamo ragionare sull'ipotesi che le condizioni politiche di un popolo versino in uno stato fisiologico, nel quale l'ordinamento giuridico trova quella completa espressione, che può, essa sola, costituire la base di una teoria scientifica. Da questo punto di vista, il governo appare anch'esso come un elemento costitutivo dell'idea di sovranità, in quanto implica l'attuazione di essa e in quanto ha per sè la legittima presunzione di stare in una rispondenza armonica col sentimento giuridico della comunità. Le istituzioni politiche sono la risultanza di un processo di adattamento storico, ed hanno per sè quella forza indiscutibile della tradizione, su cui prin-

cipalmente si forma l'obbedienza politica delle moltitudini.

67. — Su queste basi, la teoria della sovranità può secondo noi riassumersi nel modo seguente. Essa consiste nell'affermazione della giuridica personalità dello Stato e consta di tre elementi essenziali: lo Stato, cui si appartiene, la coscienza giuridica della comunità, su cui riposa, il governo, per mezzo del quale si traduce in atto.

Capitolo II.

Teoria del governo.

68. — Rilevammo che la nozione di governo, elemento essenziale della sovranità, può concepirsi come il complesso delle istituzioni politiche di cui consta il Diritto pubblico dello Stato.[1] Così inteso, il governo può assumere, ed ha storicamente assunto, *forme diverse*; lo studio delle quali forma obietto della presente teorica.

69. — Una prima e celebre distinzione delle forme di governo fu fatta da Aristotele nel libro III, cap. 4, 5 della sua *Politica*. Egli affermava di volere solo considerare quelle forme di governo, le quali egli chiamava *pure* in quanto hanno per fine essenziale di attuare la giustizia (concetto che ha delle analogie con il moderno « Stato giuridico,» *Rechtsstaat*, dei Tedeschi). Questa maniera di governo poteva assumere tre forme, secondo che governava un solo, una minoranza, o la generalità dei cittadini: e le tre forme corrispondenti si denomi-

[1] Ricordiamo di non confondere questo senso tecnico della parola governo con l'altro, più stretto, usato nel linguaggio politico e per cui essa indicherebbe quel potere che presiede all'indirizzo generale politico e si confonderebbe in certo modo col concetto di potere esecutivo.

navano *monarchia, aristocrazia, democrazia.* A queste tre forme normali o pure rispondevano tre altre forme che erano la degenerazione o corruzione di ognuna di esse, cioè per la monarchia, la *tirannide;* per l'aristocrazia, l'*oligarchia;* per la democrazia, la *demagogia.*

70. — La distinzione aristotelica, ripetuta dagli scrittori politici romani, è arrivata sino a noi e perdura come teoria fondamentale, malgrado i numerosi tentativi di modificarla ed accrescerla. Ma in generale siffatti tentativi sono stati dannosi, in quanto si è perduto di vista il presupposto metodico, inerente alla materia. Così gli scrittori si sono affaticati a ricercare quale fosse la forma del governo ottimo, dimenticando in primo luogo che una forma di governo buona per un dato popolo ed in un dato stadio della civiltà di esso, può riuscire pessima presso un altro popolo ed un'altra civiltà. Si è dimenticato altresì che con quella ricerca la quistione si spostava e si snaturava: dappoichè noi qui di *forma* discutiamo, mentre quell'esame presuppone il valore effettivo e sostanziale di una forma di governo, esame il quale non può farsi se non in rapporto alle concrete condizioni di uno Stato.

71. — Così noi vediamo il Montesquieu (*Esprit des lois,* libro III, cap. 1-7) pretendere di stabilire il principio il quale anima ognuna delle forme aristoteliche e ne determina la maniera di azione. Così molti altri scrittori istituiscono l'esame, necessariamente sterile, di determinare quale sia la legge che regola la successione storica fra le varie forme di governo: legge che non può esistere e non esiste. Ma la forma più generale, sotto cui una tale tendenza si manifesta, è costituita dalla teorica del così detto *Stato misto,* il cui germe si riscontra in Aristotele medesimo, e che fu poi sviluppato dagli scrittori seguenti, dai Romani sin oggi.

72. — L'idea generale di questa quarta forma di go-

verno è che essa consti dalla contemperanza dei principii informatori delle tre forme originarie: *quartum quoddam genus reipublicæ maxime probandum esse sentio, quod est ex his, quæ prima dixi, moderatum et permixtum tribus,* diceva Cicerone, *De Rep.* I, 20. E come tipi storici di questa forma, si adduceva lo stesso Stato romano, come in seguito dai posteriori fu citato il governo rappresentativo inglese.

73. — La teoria dello Stato misto sembra a noi la riproduzione, scientificamente inesatta, di un fatto storicamente vero. La formula, diciamo, è inesatta. Il presupposto da cui muove la teoria della distinzione delle forme di governo è la considerazione del modo con cui la sovranità viene esternamente esercitata. Se si trascura questo elemento formale si cade necessariamente nella confusione. Ora, *formalmente,* è impossibile che in uno Stato possano coesistere due forme di governo, come è impossibile che una monarchia sia contemporaneamente una repubblica. Gli attributi esterni della sovranità competono in generale ad uno solo (Capo dello Stato):[1] però egli può esercitarli o per virtù propria (Stato monarchico) o come rappresentante di una collettività (Stato repubblicano). Se questa collettività poi è costituita da un ceto privilegiato di cittadini, avremo la repubblica aristocratica; se dalla generalità dei cittadini, avremo la repubblica democratica.

74. — Chiarita così, in termini più rigorosamente scientifici, la distinzione aristotelica, chiaro apparirà

---

[1] In casi eccezionali il numero di questi rappresentanti supremi della sovranità può essere plurale, così nelle monarchie come nelle repubbliche; e se ne hanno esempi storici nei due re spartani, nei due consoli in Roma, nel *Direttorio* francese. Ma una tale pluralità non fa eccezione al principio generale da noi posto nel testo; dappoichè in rapporto all' ufficio, l' azione, anche in quei casi, appare improntata ad una rigorosa *unità,* non solo di fatto, ma altresì di diritto.

come sia contradittorio supporre la possibilità di uno Stato misto, nel senso sopra detto. Però, come abbiamo accennato, questa teorica, quantunque falsa, origina dall'intuizione di un fatto storico, che non si può negare, e a cui bisogna dare un'adeguata importanza in questo lavoro di classificazione. Certa cosa è che fra molte forme storiche di monarchie esistono in fatto differenze così gravi quali non esisterebbero per avventura tra una determinata monarchia e una forma aristocratica o democratica; e ciò che per l'una si dice, per le altre può ripetersi. In parte ciò deve attribuirsi a quella ovvia considerazione da noi più volte ricordata: poichè formale è la distinzione, non bisogna meravigliarsi se nella sostanza poi gravissime differenze si riscontrino. Tuttavia, è possibile di adattare ancor più la distinzione aristotelica a questa varietà di tipi che storicamente le forme di governo ci presentano; e ciò senza venir meno all'indole *formale* del presente studio.

75. — Ciò si ottiene adottando quella distinzione, che il Bluntschli proponeva di aggiungere a quella aristotelica. Sin quì abbiamo distinto, avendo esclusivamente riguardo alla qualità del *Capo dello Stato;* distingueremo ora avuto riguardo alla partecipazione che alla moltitudine dei cittadini si concede nella cosa pubblica per via di istituzioni giuridicamente ordinate. Con questo criterio noi otteniamo tre altre forme di governo che il Bluntschli chiamava *secondarie*, in antitesi alle altre tre aristoteliche che chiamava *principali*. Può darsi infatti:

a) che la moltitudine dei soggetti sia priva di qualsivoglia diritto politico (forme *dispotiche*);

b) che solo una parte limitata nei cittadini partecipi alla cosa pubblica (forme *semilibere*);

c) che la generalità dei cittadini sia ammessa all'esercizio di determinati diritti politici (forme *libere*).

76. — Combinando queste forme secondarie con le forme primarie, noi avremo una maniera di classificare le forme di governo, la quale comprenderà i vari tipi storici, senza venir meno all'indole formale della presente teoria. La forma monarchica è certamente la più facilmente adattabile coi tre tipi di forme secondarie. Abbiamo così la monarchia dispotica, come nell'impero romano e nell'attuale impero russo; la monarchia aristocratica (*semilibera*), come negli Stati monarchici feudali e nell'Inghilterra, prima della riforma del 1832; la monarchia democratica (*libera*), come nelle attuali monarchie parlamentari. L'aristocrazia e la democrazia hanno un nesso più costante, rispettivamente, colle forme semilibere e libere. Possono tuttavia citarsi come esempio di aristocrazie dispotiche quella della repubblica veneta, e di aristocrazie libere quella dei primi secoli della repubblica romana. Così pure le forme democratiche possono riuscire nel fatto dispotiche o semilibere in rapporto a certe classi di sudditi, che restano escluse da ogni Diritto politico, negandosi loro la qualità di cittadini: così avveniva nelle repubblichette democratiche greche (gli operai sono considerati cittadini « imperfetti »),[1] e in alcuno degli odierni Stati democratici americani dove i cittadini di razza diversa dalla dominante sono esclusi dal pieno godimento dei Diritti politici.

77. — Ma uno studio più concreto intorno la teoria del governo può solo farsi, giusta i principii dianzi svolti, in esclusivo rapporto ad una forma determinata di esso. E poichè per ragion storica la forma di governo quasi affatto prevalente nello Stato moderno è la rappresentativa, così dedicheremo a questo argomento uno studio speciale, conformemente alla definizione che noi abbiamo dato alla scienza nostra.

---

[1] Confr. nella nostra *Riforma elettorale*, pag. 67, 68 (Milano, Hoepli, 1883) a proposito della democrazia ateniese.

Capitolo III.

Teoria del governo rappresentativo.

78. — Il governo rappresentativo suppone innanzi tutto che i cittadini partecipino, per mezzo di diritti politici, alla cosa pubblica: riferendocene quindi al criterio delle tre forme secondarie, possiamo dire che questa forma di governo deve necessariamente essere o semilibera o libera. Se poi confrontiamo il tipo astratto di questa forma di governo con le forme da esso assunte nella generalità degli Stati moderni, e in particolare in quello italiano, possiamo asserire che esso suppone la partecipazione generale dei cittadini ai diritti politici; esso è dunque una forma di governo popolare o libera o democratica che dir si voglia.

79. — Con ciò però non abbiamo ancora la caratteristica propria di questa forma di governo che la distingua dagli altri tipi storici di governi liberi. Questa caratteristica, come l'espressione medesima lo indica, sta nel concetto di *rappresentanza.* Il criterio che distingue questo tratto caratteristico si può averlo da questa considerazione *materiale,* cioè che l'esercizio dei diritti politici, al popolo riservati, non si fa *direttamente* dai cittadini medesimi, i quali si riuniscano in assemblee per votare le leggi e scegliere i magistrati, ma bensì per mezzo di *rappresentanti,* scelti dal popolo. Questo criterio materiale può per ora bastarci, pure avvertendo che la nozione di rappresentanza ha una portata giuridica intrinseca, che formerà l'obietto di un particolare studio, al quale noi per ora rinviamo (confr. n° 98 e segg.). Tuttavia gli scrittori hanno con ragione osservato che le caratteristiche proprie del governo rappresentativo moderno non si limitano solo

alla nozione di rappresentanza, comunque questa sia certamente la più saliente ed importante. Queste altre caratteristiche sono:

a) il governo rappresentativo moderno si propone di curare ed attuare l'armonia esterna e costante fra i due elementi essenziali, cioè la coscienza popolare e la tradizione (confr. nº 66), non solo *nel fatto,* come in ogni forma di governo, ma altresì nel Diritto positivo, per mezzo di istituti determinati;

b) il governo rappresentativo si fonda principalmente sulla giuridica distinzione dei poteri e sull'appropriazione ad essi di organi determinati: teorica che per la sua autonomia ed importanza avrà una trattazione speciale (confr. nº 87 e segg.);

c) il governo rappresentativo attua scrupolosamente e pienamente la tutela giuridica fra i consociati (obietto del Diritto amministrativo, confr. nº 33), e promuove equamente le singole attività sociali (argomento della Scienza dell'amministrazione, confr. nº 37);

d) il governo rappresentativo in tutti i suoi atti s'ispira per quanto è possibile al principio di *pubblicità,* per il quale si rende agevole intorno ad essi il controllo continuo e fecondo della pubblica opinione.

80. — È naturale come queste caratteristiche siano proprie del tipo *astratto* del governo rappresentativo. In concreto poi, esse possono rappresentare gli obiettivi che i governi debbono proporsi, ma non può dirsi, ed è naturale che non possa dirsi, che essi siano pienamente attuati. Si verifica per questo riguardo quell'eterna antinomia fra l'elemento razionale, ideale, teorico e l'elemento storico, sociale, umano: antinomia che ci spiega il perchè di certi eccessivi entusiasmi verso questa forma di governo che è stata qualificata come la migliore possibile, e di certe diffidenze e sfiducie non meno esagerate ed ingiuste. Noi non parteci-

piamo nè all'uno nè all'altro sentimento: riconosciamo che questa forma di governo è un portato naturale, conforme alle odierne condizioni storiche dell'umanità civile, e riteniamo che nel fatto costituisca un grande progresso sulle forme politiche anteriori. Non neghiamo però che essa è ben lungi dall'attuare tutte le condizioni ideali di un perfetto Stato giuridico, ed ammettiamo che non arrivi ad avere completamente ragione dei difetti degli uomini e della immaturità dei tempi.

81. — Ci resta, per ultimare questa trattazione, di procedere ad un ultimo confronto tra questa forma di governo e le tre forme principali aristoteliche. E poichè negli Stati moderni si può dire che l'aristocrazia come ceto privilegiato sia venuta meno, così è che la forma rappresentativa può concepirsi connessa con la forma monarchica da un lato e la repubblicana democratica dall'altro. Questa distinzione corrisponde alla realtà, sicchè fra le costituzioni moderne alcune hanno la forma *monarchica rappresentativa* (vigente in Italia, Inghilterra, Belgio, negli Stati germanici, nella Spagna e in altri Stati minori), altre la forma *repubblicana rappresentativa,* detta anche dal nome del Capo dello Stato *presidenziale* (principali Stati in cui vige: la Francia e gli Stati Uniti di America).

82. — Le differenze fra il Diritto pubblico di queste due forme saranno rilevate ai luoghi opportuni: qui importa solo considerare come esse non siano sostanziali. In genere, anzi, può asserirsi che astrattamente nessuno istituto appare così esclusivamente proprio ad una di esse che con l'altra sia incompatibile. La stessa irresponsabilità del Capo dello Stato non può dirsi solamente propria della monarchia, ma anche delle repubbliche rappresentative *parlamentari* (per questa distinzione, confr. nº 299), come, per esempio, nella Francia contemporanea.

83. — A favore della forma repubblicana potrebbe in primo luogo addursi una presunzione di maggior capacità nel Capo dello Stato in quanto sorge da una scelta cosciente e non dal cieco evento della nascita. Ma può obiettarsi che la ragione ereditaria garentisce nel monarca quell'abitudine al comando e quell'autorità naturale che si riscontra persino nei re più incapaci. Dall'altro lato, l'esperienza dimostra che i corpi elettivi, per una comprensibile diffidenza, non fanno in generale cadere i loro voti sulle personalità più spiccate; sicchè la media delle capacità dei vari presidenti di una repubblica rappresentativa moderna non pare certamente che superi quella dei re rappresentanti una dinastia qualsiasi.

84. — Si dice che la forma repubblicana costituisce una maggiore garanzia per il principio democratico. Ma si può replicare che il paese classico della libertà è ed è stato sempre retto con la forma monarchica, cioè l'Inghilterra. E d'altra parte se la democrazia poteva e doveva cercare garanzie quando sosteneva una lotta disuguale con altri principii politici, oramai essa è così trionfante che sembra più giustificata la ricerca dei freni, anzichè delle garanzie.

85. — La forma monarchica adduce in suo favore la forza tradizionale che il principio di essa esercita sull'universale, e non solamente, come qualcuno crede, sul volgo. Essa evita quelle scosse pericolose, le quali seguono la scelta di un nuovo Capo dello Stato; fa sì che questa carica eminente, messa completamente al di fuori delle particolari ambizioni e delle lotte fra i partiti, possa più efficacemente, più degnamente, più serenamente esercitare il cómpito delicatissimo che le spetta. Ma soprattutto la forma monarchica ha il grande e incontrastabile vantaggio di personificare, in maniera obiettiva e permanente, il principio dell'unità dello

Stato, il che ha un' importanza di tanto maggiore oggidì, che agl' interessi sociali, per loro natura diversi e difformi, si è data una rappresentanza la quale permette loro di influire immediatamente sul Diritto pubblico di uno Stato.

86. — È quasi inutile avvertire che le superiori osservazioni non valgono ad esaurire tutto l' argomento del confronto fra quelle due forme : sottentra qui l' esame politico, relativo alle condizioni particolari di un dato popolo, per le quali una maniera di reggimento può essere buona o cattiva a seconda dei casi. E in particolare poi, i vantaggi, che noi rilevammo a favore della forma monarchica, sono naturalmente subordinati all' esistenza di due condizioni di fatto, cioè che da un lato esista in un dato popolo questo sentimento o principio monarchico, che dir si voglia ; e dall' altro lato vi sia una dinastia conscia dei nuovi doveri che i nuovi tempi impongono, e lealmente volenterosa di osservarli.

Capitolo IV.

Teoria della divisione dei poteri.

87. — Questa teoria che abbiam detto contenere una delle caratteristiche proprie alla forma rappresentativa, e il cui esame particolare ci siamo qui riservati (nº 79, *b*), ha una storia scientifica di una particolare e grande importanza, poichè ad essa può riferirsi l' origine di quella teoria costituzionale, su cui s' innesta la scienza nostra.[1] Fu sulla base di questa teorica che la costituzione inglese fu spiegata ed intesa, e su questo

---

[1] Confr. su quest' argomento i §§ 3 e 4 dei nostri *Studi giuridici sul governo parlamentare* (presso E. Loescher, Torino, 1886)

tipo si formò la teoria della forma rappresentativa. Così è che quantunque il concetto della distinzione dei poteri si trovi con la solita nitidezza in Aristotele,[1] tuttavia fondatore della teorica viene con ragione ritenuto il Montesquieu, dappoichè a lui si deve, infatti, quella scientifica ricostruzione della teorica, che le diede quei gravi risultati, cui accennavamo. Non importa quindi tanto, per ora, di venire all'esame particolare del modo con cui alla distinzione si procede, quanto di stabilire anzi tutto qual è la vera e giuridica portata di questo principio su cui la distinzione si fonda, comunque fatta.

88. — Moveva il Montesquieu da questo presupposto essenziale, che è impossibile che vi sia libertà, laddove i poteri non sono tenuti rigorosamente distinti: e quanto maggiore è la distinzione, tanto più sarà garentita la libertà. E la ragione di tale principio egli riponeva in ciò che solo col tenere distinti ed autonomi i vari poteri dello Stato, si rende possibile tra loro quella reciproca sorveglianza, che impedisce poi ad ognun di essi di trascendere dai limiti, che giuridicamente gli sono assegnati, degenerando in dispotismo. Adunque, necessità di distinguere le funzioni fondamentali dello Stato, di assegnare ad ogni funzione un potere determinato, di mantenere questi poteri fra loro separati, indipendenti ed uguali.

89. — Questa caratteristica essenziale della teorica del Montesquieu, se può in parte spiegarsi e giustificarsi con ragioni di ordine politico, è infirmata da un errore sostanziale, che è stato causa non ultima di molti errori ed incertezze della scienza nostra. Tutta quella teorica, infatti, contraddice a quel principio essenziale, che vede nello Stato un organismo, per quanto *sui generis*, in cui tutte le parti sono connesse, tutte le fun-

---

[1] *Politica*, VI, 11.

zioni coordinate sino a fondersi tutte in una grande unità. Con la separazione meccanica fra i vari poteri dello Stato, la vita in esso diventa tanto possibile quanto in un organismo umano, le cui membra si concepiscano separate e sconnesse. E poichè la separazione nel pensiero del Montesquieu dovea produrre l'equilibrio fra i poteri medesimi (onde la sua teorica fu anche detta dei «contrappesi»), veniva spontanea la considerazione che quest' equilibrio, alle sue ultime conseguenze prodotto, finiva nell'immobilità e nell'inazione, cioè rendeva impossibile la vita dello Stato. Ebbe il Montesquieu coscienza di sì fatta difficoltà: e costretto ad ammettere che in definitiva alcuno di questi poteri dovesse prevalere e che un conflitto fra i vari poteri non poteva altrimenti risolversi che col trionfo di uno fra essi, propendeva ad attribuire tale preminenza al potere legislativo, che, nel pensiero di lui, rappresentava l'elemento popolare e democratico. Questo germe, svolto poi dagli scrittori posteriori, ha dato luogo a quella degenerazione della teoria del governo rappresentativo per cui tutti i vari poteri pubblici vengono subordinati al legislativo, e da esso ricevono l'indirizzo e la base legittima della loro autorità (confr. n° 185). Così, per un curioso ma naturale effetto, questa teorica, che sacrificò il concetto organico di Stato alla preoccupazione di garentirsi contro il dispotismo, andò a finire nel legittimare il peggiore forse fra i dispotismi: quello di una maggioranza numerica. È tempo che la scienza nostra si liberi, senza temperamenti e senza equivoci, da tali errori fondamentali, e ricostituisca tutta la teorica della distinzione dei poteri su basi radicalmente diverse.

90. — Nella nozione organica di Stato sta implicita una conseguenza la quale del resto sarebbe ad evidenza provata dalla semplice osservazione: in primo luogo, che nello Stato si distinguono *funzioni* diverse; in se-

condo luogo, che appena uno Stato sia uscito dalle condizioni di primitiva barbarie, l'esercizio di tali funzioni viene distribuendosi fra organi diversi. Abbiamo, dunque, diversità di funzioni e diversità di organi, le une e gli altri riassunti nel principio dell'unità dello Stato. Questo primo ordine di verità è *generale*, e in questo senso possiamo constatare un primo errore nella teorica dominante, il quale è di aver creduto che la distinzione dei poteri, assolutamente intesa, fosse propria dei soli governi liberi ed in ispecie rappresentativi. Invece l'osservazione di tutti i tipi storici di Stati ci mostra, sia pure allo stato primordiale, una diversità di funzioni e di organi.

91. — Quale criterio assumeremo noi per stabilire questa distinzione che abbiam detto essere propria, in generale, ad ogni maniera di Stato? Qui occorrono molte e disparate opinioni, sicchè in questa materia può dirsi essere difficilissimo che due scrittori si accordino. Il Montesquieu, sulle orme di Aristotele, distingueva tre poteri: il legislativo, l'esecutivo, il giudiziario. Tranne il Locke, il quale solo proponeva di ridurli a due, fondendo il giudiziario con l'esecutivo (confr. n° 335), la tendenza generale degli scrittori è stata nel senso di aggiungere. Così si sono escogitati altri poteri, come: il *costituente*, il *regio*, il *moderatore*, l'*elettorale*, il *municipale*, quello della *pubblica opinione* e persino il *militare* e il *certificante!*

92. — In generale, cotesto moltiplicarsi di poteri pubblici ha la sua origine nell'uno o nell'altro dei seguenti errori. Uno è di aver confuso il concetto di *potere pubblico*, la cui caratteristica è il manifestarsi in un *pubblico istituto*, con il concetto di *forza politica*, che ne differisce essenzialmente in quanto manca di un giuridico ordinamento: così è per il preteso potere della pubblica opinione ed in parte pel potere elettorale, il cui

organismo si integra con quello della Camera elettiva, costituente parte del potere legislativo. L'altra causa di errore è originata dall'avere confuso il potere con l'*organo* che eventualmente lo esercita: sicchè, anche limitandoci ad una sola considerazione di ordine metodico, noi dimandiamo perchè mai, distinto un potere regio e poi un potere ministeriale, non si debba anche distinguere il potere che è esercitato dal prefetto e dal sottoprefetto, dall'ispettore forestale, e così via indefinitivamente, sino all'umile guardia campestre che pur riveste un pubblico ufficio, come il Re e come il ministro?

93. — Per evitare siffatta confusione, bisogna che il criterio distintivo si limiti innanzi tutto alla considerazione delle funzioni e particolarmente di quelle grandi manifestazioni diverse dell'attività dello Stato, le quali non possono mancare senza che la vita dello Stato non venga pure meno. Così è necessario, ma è anche sufficiente, che in uno Stato si riscontri una funzione tendente alla dichiarazione di quelle norme giuridiche che debbono regolare i rapporti pubblici e privati; una funzione destinata ad ottenere, anche con un'esterna coercizione, l'osservanza di queste norme ed a curare, nei limiti del possibile, il sociale benessere; una funzione, la quale, data la controversia tra privati o una violazione delittuosa dell'ordine giuridico, accerti il fatto e vi applichi il diritto corrispondente. Uno Stato in cui una di queste funzioni manchi non è concepibile; come, dall'altro lato, qualunque altra funzione vorrà escogitarsi potrà in esse comprendersi, come noi dimostreremo in qualche particolare esame (confr., libro IV, cap. I, § 3).

94. — Siamo dunque, per questo lato della quistione, tornati alla teorica di Aristotele e del Montesquieu. Ma affermata la portata organica della distinzione, e de-

finito il criterio secondo cui essa va fatta, bisogna tuttavia determinare in qual maniera questa distinzione si applica nello Stato rappresentativo moderno, sino a costituire una delle caratteristiche di esso.

95. — Si potrebbe credere, e questo è in certo modo implicito nella teoria dominante, che quest' attuazione si ottenga, facendo corrispondere ad ogni funzione uno o più organi, così distinti che alcuni esercitino esclusivamente il potere legislativo, senza ingerirsi negli altri e così rispettivamente. Ma quest' osservazione ha solo le apparenze della verità: può avvenire che sia, ma non è giuridicamente necessaria. Così noi dimostreremo a suo luogo come le attribuzioni dei corpi rappresentativi non siano solo legislative, ma anche all' ordine esecutivo attinenti, e persino all' ordine giudiziario (confr. libro IV, cap. II, IV, VII, § 2), ed è noto come la Corona partecipi altresì ai tre poteri. La verità è che ragioni politiche possono in certi casi consigliare una tale limitazione (come avviene per il potere giudiziario, le cui funzioni restano limitate alla sfera rigorosa di quel cómpito essenziale, n° 336), ma una vera ragione giuridica, che renda imprescindibile quella condizione, non si può dire che esista, e non esiste.

96. — La caratteristica propria del governo rappresentativo, in rapporto alla divisione dei poteri, deve, secondo noi, ricercarsi piuttosto in un altro ordine di considerazioni. Ed esso è che la distinzione delle funzioni non si verifica solo per una via inconsciente e perciò stesso nel fatto molte volte inosservata, ma essa si concreta in istituzioni determinate e forma anzi una base essenziale del Diritto pubblico moderno. Così il cittadino sa che egli deve obbedienza alla legge solo se e in quanto essa emana dai poteri pubblici a ciò destinati; che i funzionari verso cui egli è dovuto all' obbedienza sono contenuti entro una sfera che limita il

loro potere e ne regola l'esercizio; che, se avviene alcuna lesione di un suo diritto privato, egli potrà adire un magistrato determinato con forme altresì determinate. Così per noi caratteristica dello Stato rappresentativo moderno non è la distinzione dei poteri per sè sola considerata, dacchè essa è generale ad ogni forma di Stato; non l'equilibrio e l'esclusione reciproca tra i vari poteri, perchè ciò è contrario alla nozione organica dello Stato; non l'appropriazione di organi distinti alle funzioni diverse, dappoichè questo nel fatto non avviene; ma bensì che questa distinzione di funzioni, lungi dall'essere un'implicita qualità dello Stato e una verità teorica della scienza, è invece concretata e garentita per via di norme dal Diritto pubblico sancite. Da ciò una conseguenza gravissima, cioè che quando l'attività dello Stato in uno di quei sensi si manifesta, bisogna che rispetti la sfera entro cui la funzione si limita e le condizioni del suo legittimo esercizio. Così l'atto legislativo, l'atto esecutivo, l'atto giudiziario stanno fra loro distinti non solo per l'essenza loro (il che deve naturalmente avvenire in ogni maniera di governo), ma altresì per la *forma:* ed in ciò risiede una delle più grandi garenzie della libertà civile del cittadino.

97. — Un'ultima osservazione dobbiamo fare, di indole sistematica. La presente teoria chiude la parte generale del nostro sistema e serve in certo modo di base alla distinzione della parte speciale che ha per criterio appunto l'esame successivo dei tre poteri. Senonchè qui ha luogo una considerazione di grave importanza, che discende da quanto si è detto. Una grande difficoltà sistematica nella scienza nostra sorge da ciò che per criterio della distinzione sistematica si assume o la *funzione* o l'*organo:* la prima via è seguita a preferenza dagli scrittori francesi e italiani, la seconda dai tedeschi; ma l'una e l'altra hanno pregi e difetti. Se

l' esame si riferisce agli organi, si perde di vista l' unità teorica della funzione; se si riferisce alla funzione, si ottiene il vantaggio di una partizione più larga, più rigorosa, più comprensiva; ma poichè abbiamo visto che un dato organo può adempire a funzioni diverse (nº 95), si dovrebbe suddividerne la trattazione a seconda di questo diverso esercizio. In altri termini, o si sacrifica l' unità della funzione, o si sacrifica l' unità del pubblico istituto. Noi abbiamo scelto una via di mezzo: abbiamo distinto in base alla distinzione dei poteri secondo il criterio dominante nelle scuole nostre, ma abbiamo cercato di sacrificare il meno possibile l' unità del pubblico ufficio, dandone l' integra trattazione a proposito di quella funzione a cui esso è più specialmente appropriato e che anzi lo caratterizza. Così, comunque le Camere rappresentative partecipino anche al potere esecutivo e al giudiziario, noi ne tratteremo a proposito del potere legislativo, che è il cómpito loro più saliente. Così pure, quantunque la Corona partecipi al potere legislativo e al giudiziario, invece di frazionare lo studio di tali varie funzioni secondo l' indole loro, noi tratteremo il tema nella sua integrità, a proposito del potere esecutivo che al Capo dello Stato più propriamente si appartiene.

Libro Terzo.

POTERE LEGISLATIVO.

1) LA RAPPRESENTANZA.

Capitolo I.

Nozione di rappresentanza.

98. — Fu già avvertito come la caratteristica più saliente della forma di governo rappresentativo risieda, come quest'espressione lo indica, nella *rappresentanza*. La nozione di rappresentanza, come fatto esterno e visibile, non presenta difficoltà: grave invece ed alquanto oscuro è il problema dell'intima essenza giuridica di quella nozione. L'intenderla in un modo o in un altro ha un'importanza decisiva per una giusta valutazione dei principii fondamentali del Diritto pubblico moderno.

99. — Per procedere alla determinazione della portata giuridica della rappresentanza, è opportuno il confronto della forma rappresentativa *moderna* con quella *medioevale*, dalla quale essa deriva. Non è storicamente vera quell'affermazione che spiega in modo materiale il sorgere della rappresentanza, e cioè dalla difficoltà di riunire in assemblea il popolo sparso in un esteso territorio. Le antichità anglo-sassoni (per altro assai controverse) possono intendersi nel senso che tutti gli uomini liberi,

in principio, partecipavano alle assemblee popolari; ma nulla prova che quando questa partecipazione venne meno, vi si supplisse colla rappresentanza: fra l'un fatto e l'altro esiste una soluzione di continuità che dura parecchi secoli.

100. — Storicamente, la rappresentanza ripete la sua origine da quel concetto proprio agli Stati medioevali, per cui l'obbedienza politica concepivasi in dipendenza di una reciprocanza di diritti e doveri fra sovrano e sudditi, ed ogni prestazione doveva essere consentita. Questo principio si coordina poi col *frazionamento della sovranità* in ceti, anch'esso proprio al medio evo. Così il diritto di mandare un rappresentante all'assemblea degli *Stati* non competeva al *popolo,* ma bensì a questi *ceti privilegiati:* il privilegio poi poteva essere *personale,* cioè spettare ad un individuo, che poteva *personalmente* intervenire nell'assemblea in virtù del diritto *proprio,* e questo avveniva per il clero e la nobiltà (primo e secondo *Stato*); poteva invece essere *collettivo,* spettare cioè a comunità che lo esercitavano per mezzo di *rappresentanti;* e questi, fusi prima con gli altri Stati, formano poi un'assemblea a parte (separazione della Camera dei Lords da quella dei Comuni, che avviene in Inghilterra solo nella seconda metà del secolo XIV).

101. — In questo ordinamento che fondeva principii di Diritto pubblico con quelli di Diritto privato, avveniva che i rappresentanti del terzo Stato erano veri *mandatari* delle comunità che gli inviavano. Essi quindi avevano specificati gl' incarichi (in Francia, *cahiers*), e potevano e dovevano agire solo in conformità a quelli, rispondendo personalmente della loro condotta.

102. — Il Diritto pubblico moderno si fonda su principii opposti:

1) Il popolo appare come unità organica; la fonte della sovranità è unica; la partecipazione alla vita pubblica appartiene ai *cittadini* non ai corpi privilegiati. Conseguenza: il deputato non rappresenta il corpo elettorale che lo ha scelto, ma bensì tutta la nazione (art. 41 dello Stat. it.);

2) Il Diritto pubblico prescinde affatto dal criterio proprio al Diritto privato delle *prestazioni reciproche*. L'obbedienza alla volontà dello Stato è nel cittadino un dovere *assoluto*, non un corrispettivo di *diritti*. Conseguenze mediate di questo principio sono: che nessun mandato imperativo può darsi dagli elettori al deputato (art. 41 cit.): e che il mandato legislativo dura per cinque anni, quand'anche nel tempo intermedio la maggioranza degli elettori possa per avventura non avere più fiducia nell'eletto (art. 42 dello Stat. it.).

103. — Fermati questi principii, sarà più facile valutare l'erroneità di quella dottrina (che è tuttavia la prevalente) che vede nel fatto della elezione una *delegazione di poteri*, o, in termini correlativi, un vero e proprio *mandato* che il corpo elettorale dà all'eletto. Ora il mandato suppone in primo luogo la revocabilità di esso, a libito del mandante, il che per Diritto pubblico moderno non avviene. In secondo luogo, il mandato suppone l'obbligo nel mandatario di uniformarsi all'incarico ricevuto: in altri termini, ogni mandato, per sè stesso, è imperativo, il che abbiam visto non essere ammesso nello Stato rappresentativo moderno. Infine, i mandanti sono obbligati dai loro mandatari solo *in quanto* essi conferirono l'incarico, e *nei limiti* di esso: invece per il Diritto pubblico moderno abbiamo detto che l'obbedienza politica è incondizionata, e il deputato rappresenta non solo i propri elettori ma tutta la nazione, cioè anche quelli che non cooperarono alla sua elezione.

104. — Insieme conseguenza e riprova di questi principii è la considerazione che i corpi rappresentativi degli Stati moderni non sono l'organo passivo della volontà degli elettori, ma hanno *una vita propria e indipendente,* e lungi dal rappresentare la media comune della intelligenza e della cultura del corpo elettorale, sono ad essa grandemente superiori, e si compongono degli elementi migliori che, in un dato momento storico, offre l'ambiente politico della nazione. L'eletto può rappresentare un *generale* indirizzo politico prevalente nel suo corpo elettorale, ma, entro questa sfera molto larga (e l'attenervisi è per lui un obbligo morale, ma, certamente, non giuridico), egli conserva una piena indipendenza di opinioni e di condotta, o, in altri termini, egli non rappresenta che *sè stesso.*

105. — Queste considerazioni aprono la via alla vera intelligenza giuridica della nozione di rappresentanza. Il contenuto di essa si riferisce a dei principii i quali valgono *per ogni forma di governo,* cioè da un lato che agli elementi sociali competa una grave e costante influenza sulla pubblica cosa; dall'altro che l'esercizio delle varie funzioni politiche spetti *ai più capaci.* Ora per via della rappresentanza si ottiene, da un lato che questa influenza degli elementi sociali, invece di farsi valere per vie occulte ed incoscienti, abbia un'organizzazione propria ed ordinata per mezzo di quel giuridico istituto, dall'altro lato che la scelta dei più capaci, invece di essere affidata al caso o alla designazione del principe, è affidata ai cittadini direttamente. L'elezione, quindi, non è *delegazione di poteri,* ma *designazione di capacità.*

CAPITOLO II.

Fondamento giuridico della funzione elettiva.

106. — Considerata la nozione di rappresentanza in sè medesima, e nei rapporti che per essa si formano fra l'elettore e l'eletto, occorre ora determinare la ragione subiettiva di quel diritto per cui quest'istituto si attua, e cioè quale sia il fondamento giuridico della funzione elettiva. Qui una prima scuola, che fiorì in Francia ai tempi del così detto liberalismo dottrinario, vorrebbe introdurre una distinzione nei termini, assumendo che quando il cittadino vota, non esercita un *diritto*, ma adempie ad una *funzione*. Noi diffidiamo di una dimostrazione giuridica che si fonda sopra un'antitesi di parole. In concreto, che cosa si vuol conchiudere con quella distinzione? Certo, l'esercizio di ogni diritto *pubblico* è, per sè stesso, subordinato a delle condizioni che ne fanno una *funzione* delicata. Ma appunto perchè questa è una caratteristica di tutti i diritti pubblici, sicchè *diritto* e *funzione* sono termini correlativi, così quella frase è meno un'antitesi che una diversa maniera di dire la cosa medesima. E in ogni caso, la quistione sarà spostata ma non risoluta, poichè si domanderà sempre quale sia il fondamento di questa funzione.

107. — Un'altra scuola procede dalla teoria della sovranità popolare (nel senso radicale) e si connette con la teoria del mandato legislativo (vedi nº 103). Come la Camera rappresenta tutta la nazione, così gli elettori iscritti rappresentano tutti gli altri cittadini che non sono elettori; e ciò in virtù di un *mandato tacito*. Si ricorre dunque ad una *finzione giuridica;* ma non se ne giustifica in modo alcuno la necessità o la convenienza, nè, ammessa pure la finzione, si dà il titolo per cui questo supposto mandato tacito debba essere eserci-

tato da una data classe di cittadini. La quistione non è quindi risoluta.

108. — Le soluzioni, attualmente dominanti nelle varie scuole moderne, sono due. Una afferma che *il diritto al voto è un diritto naturale dell' uomo.* Il metodo scientifico cui noi aderiamo ci darebbe un argomento pregiudiziale contro questa teoria. L' idea di Diritto naturale (assai discutibile anche nella sfera del Diritto privato) è certamente fuori luogo quando trattasi di diritti *politici,* i quali hanno tutti una ragione *storica.*[1] In concreto poi non si comprenderebbe come il diritto al voto, il quale suppone una forma di governo che in rapporto alla storia dell' umanità può dirsi recentissima, possa esser tale che senza di esso resterebbe monca l' idea dell' umana personalità. Si risponderà che non si allude specificamente al Diritto elettorale, ma, in genere, alla partecipazione dei cittadini alla cosa pubblica? Ma, primieramente, si può replicare che qui appunto si ricerca una base specifica di quel Diritto. Secondariamente poi, la nozione organica dello Stato moderno non può farci ammettere nel cittadino un diritto *autonomo, indipendente* dallo Stato medesimo e quindi per avventura ad esso superiore.

109. — L' altra teoria, dominante attualmente in Italia, ricava il fondamento giuridico del Diritto elettorale da una *correlazione fra i diritti e i doveri pubblici.*[2] Il cittadino, si dice, deve allo Stato contribuzioni gravose: gli appresta i mezzi economici; gli sacrifica, col servizio militare, la propria libertà personale e

[1] Il nesso che stringe questa nostra affermazione coi principii generali di metodo da noi seguiti (vedi n° 21) è semplicissimo. Se un diritto politico fosse *naturale,* dovremmo dire che quegli Stati, i quali nella loro vita *fisiologica* non hanno attuato e non attuano quel dato diritto, sarebbero Stati contro natura e contro il Diritto: questo per noi non è ammissibile.

[2] PALMA, *Potere elettorale,* pag. 107.

qualche volta anche la propria vita: è giusto quindi che lo Stato come corrispettivo di questi sacrifici lo ammetta a partecipare direttamente col suo voto alla vita pubblica. Questa teoria ci sembra innanzi tutto che implichi un'idea insieme falsa e piccina dei doveri pubblici. L'obbligo delle prestazioni che il cittadino deve allo Stato è affatto indipendente da ogni idea di corrispettivo: tanto che siffatto onere non grava sui cittadini meno in un reggimento dispotico che in un reggimento libero. Questa teoria conduce necessariamente ad una conseguenza la quale, senza essere stata certamente voluta dai sostenitori di quella, implica tuttavia la fine di ogni convivenza civile, facendo dipendere l'obbedienza politica, che va prestata alle leggi ed ai magistrati, dal fatto che all'approvazione delle une ed alla scelta degli altri il cittadino abbia prestato il suo concorso, comunque indiretto. La verità è che tutti i *diritti pubblici* sono altresì *pubblici doveri* e viceversa: quel servizio militare, che si adduce come l'onere supremo e pel quale si reclama il corrispettivo, fu presso parecchie costituzioni il *Diritto politico* supremo dal quale dipendeva la qualità di cittadino e il grado che esso occupava nello Stato.

110. — Concludendo, a noi sembra una ricerca sterile questa di volere assegnare un carattere *specifico* al Diritto elettorale. Esso partecipa alla natura generale di tutti i diritti politici: ha, cioè, una ragion d'essere essenzialmente *storica*; si connette necessariamente collo sviluppo armonico delle istituzioni politiche di un dato popolo, e in particolare, con la forma rappresentativa di cui è il presupposto. Come Diritto politico, esso compete non all'*uomo*, ma al *cittadino*, trova la sua origine e il suo limite nel Diritto pubblico, che lo conferisce e lo regola.

Capitolo III.

La capacità elettorale. — Suffragio universale. — Temperamenti di esso. — Criteri del censo e della cultura.

111. — Determinato così il fondamento generale della funzione elettiva, si pone il problema dei *criteri coi quali il Diritto da essa dipendente* (Diritto elettorale) deve essere conferito ai cittadini, o, in altri termini, quale è il criterio della *capacità elettorale.* Tale quistione ha dato luogo a tre modi tipici (salvo non lievi differenze particolari), onde diversamente essa è risoluta, e che si contendono il campo nelle scuole scientifiche e nella legislazione positiva. Procediamo ad una breve esposizione critica di essi.

112. — Il primo sistema è noto generalmente con la inesatta designazione di *suffragio universale.* Per esso non già *tutti* i cittadini (come l' espressione *universale* farebbe supporre), ma *tutti i cittadini che hanno la capacità giuridica generale* sono ammessi altresì all' esercizio del Diritto elettorale. Così che, in altri termini, questo sistema risolve il problema da noi posto, negandolo, non ammettendo cioè l' esistenza di una particolare capacità elettorale. Nei suoi dati essenziali questo sistema (prescindendo dai nessi storici con le antiche forme rappresentative) è stato attuato per la prima volta dalla Francia nella costituzione del 1793, e, dopo varie radicali mutazioni, mantenuto nella costituzione attuale: è stato poi accolto dall' Impero germanico, dalla Danimarca, dalla Svizzera, dalla Grecia, dagli Stati Uniti,[1] non contando altri Stati minori. Nel

---

[1] In 27 Stati sui 38 dell' Unione.

campo scientifico poi, il sistema fa parte delle teorie radicali, quantunque non manchino sostenitori di esso ad altre scuole appartenenti.

113. — E l'ostacolo maggiore che il suffragio universale incontra è piuttosto il senso e la portata dottrinale di esso che il risultato concreto cui arriva. È comprensibile e non contraddice affatto ad alcun principio di Diritto, che per via di considerazioni *politiche*, sulla base di un esame *concreto* dello stato di un popolo, si sostenga la necessità di ammettere al suffragio tutti i cittadini che hanno la generale capacità giuridica. Ma la *teoria del suffragio universale* è falsa e pericolosa, in quanto sostiene il Diritto elettorale essere inseparabile dalla natura umana, sicchè lo Stato *deve* accordarlo al cittadino e che questi vota in quanto è uomo: affermazioni tutte, che contraddicono a quei principii fondamentali che furono da noi precedentemente posti (n° 108).

114. — Una ragione particolare che però si adduce a favore dell'universalità del suffragio consiste nel supporre in ogni *classe sociale* una tendenza a tutelare egoisticamente i propri interessi anche ledendo per avventura quelli delle altre: al che si rimedia dando a *tutte le classi sociali* un'equa rappresentanza.[1] Quella parte di vero che può riscontrarsi in tale affermazione può essere tenuta in considerazione nello studio *politico* della quistione, ma non potrebbesi darvi un valore *teoricamente assoluto*, e per più ragioni. L'una è che non è possibile ammettere come necessario presupposto *l'odio reciproco* tra le classi sociali: il che se fosse vero, una convivenza fra esse sarebbe inattuabile. L'altra, che la possibilità di dare una rappresentanza ad una classe sociale è sempre subordinata alla idoneità delle

---

[1] Sui sostenitori di questa teorica confr. la nostra *Riforma elettorale*, pag. 195 e segg.

attitudini politiche di essa: altrimenti, dovrebbesi estendere il principio e ritenere giuridicamente necessario conferire il voto politico *a tutte le classi sociali,* di tutte le società, anche di quelle a cui pur si ritiene non essere adattabile la forma rappresentativa. Dare la rappresentanza ad una classe che non abbia la maturità politica necessaria, non gioverà ad essa, poichè non saprà servirsene, e nocerà alla vita pubblica.[1]

115. — Si è cercato di mantenere il principio del suffragio universale, ma di *temperarne* gli effetti. Questo scopo si è cercato di raggiungere con due sistemi. L'uno, che diremmo *organico* (almeno nell' ipotesi sua), è quello della *votazione per classi,* che può brevemente riassumersi in questa formola: *conferire un' eguale potenza elettorale a classi di cittadini diversamente formate;* sicchè maggiore sarà la importanza concreta del voto di quel cittadino che fa parte di una classe meno numerosa. Questo sistema (che ha nessi storici importantissimi con le costituzioni *timocratiche* dell' antichità e soprattutto con la rappresentanza dei *ceti* medioevali) è attuato in Austria, e, combinato però con l' elezione a più gradi, in Prussia ed in altri Stati germanici. Il fondamento teorico di esso, logicamente connesso con la nozione organica dello Stato, appare in astratto così seducente, che è facile con ciò spiegare l'ammirazione fervente che esso ha suscitato in molti e non volgari scrittori, fra cui in generale quelli di scuola germanica.[2] Se non che il suo presupposto di fatto non risponde alle condizioni dello Stato moderno. Vero è dire che, come in un organismo diversa è l' importanza e la nobiltà delle parti di esso, così nell' organismo dello Stato l' im-

[1] Lo sviluppo di questo lato sociale della quistione del suffragio, vedilo nella nostra *Rif. el.,* pag. 83 e segg., e, per l' Italia in particolare, a pag. 188 e segg.

[2] Per la bibliografia, confr. *Rif. el.,* pag. 102, note 1, 2.

portanza politica di ogni classe deve essere proporzionata al valore morale e intellettuale di essa, ai servigi che essa è in condizione di poter rendere alla cosa pubblica. Ma in primo luogo, non sembra necessario nè esatto supporre che l'unica misura dell'influenza politica di una classe di cittadini sia la quantità di voti di cui può direttamente disporre in un'elezione.[1] Secondariamente poi, il presupposto di fatto del sistema anzidetto sta in *una distinzione organica* delle classi sociali: condizione, che non solo non si riscontra nello Stato moderno, ma anzi questo è sorto storicamente in antitesi a una distinzione siffatta. Da ciò la necessità di ricorrere a mezzi *artificiali* di distinzione: cómpito la cui difficoltà è tale, tale la complessità degli elementi di cui bisogna tener conto, che si può *a priori* ritenere di non potervi adeguatamente riuscire. Ma, anche prescindendo da ciò, certo è che, così facendo, si sostituisce un procedimento *meccanico* a quella idea *organica* che formava il lato teoricamente più saliente di quel sistema. In fondo, il sistema della votazione per classi si riduce ad una maniera di valutare e stabilire i criteri della capacità elettorale, con modi caratteristici forse non consentanei alle tendenze democratiche dell'età nostra e delle quali devesi pure tener conto.

116. — Una seconda maniera con la quale si spera di attuare il suffragio universale evitandone i mali, e che riposa principalmente su una *maniera speciale di meccanismo elettorale, è l'elezione a doppio grado,* per la quale l'elezione definitiva vien fatta da elettori (detti *secondari*), alla lor volta eletti da un corpo assai più largo di elettori (detti *primari*) : e questi *gradi,* per cui

[1] Per non considerare che un lato solo di questa multiforme influenza basti ricordare, dati anche gli ordinamenti elettorali democratici, quale attrazione eserciti il voto di un cittadino che ha censo e cultura superiori, sul voto degli elettori popolari.

l'elezione passa, possono anche accrescersi. Parecchi Stati hanno adottato questo metodo, fra cui gli Stati Uniti, per l'elezione del presidente, e gli Stati germanici combinandolo con la votazione per classi, come si è detto. Anche qui troviamo una posizione teorica elegante (che spiega il buon numero di sostenitori del sistema),[1] la quale però non si accorda colla realtà. Si crede che il doppio grado contribuisca ad una scelta migliore, pur conservando la forza e l'autorità di un corpo elettorale assai esteso; in quanto gli elettori secondari si presume che abbiano un valore assai più elevato, perchè essi stessi provenienti da una selezione. Ma questa presunzione è fallace. L'elettore secondario non deve adempiere speciali funzioni per cui si richiedano attitudini speciali: egli deve *votare,* e l'unico criterio che guiderà la scelta degli elettori primari sarà di scegliere la mano più fida che dovrà scrivere quel voto che essi già hanno in animo. In tal modo la molteplicità del grado non raggiunge il suo fine, e, invece, turba la semplicità e la sincerità dell'elezione. Tale danno è evitato o attenuato quando il corpo degli elettori secondari è costituito d'altronde per l'adempimento di funzioni proprie, indipendenti dal voto, come sarebbero, per esempio, i consiglieri elettivi, preposti all'amministrazione locale. Un sistema analogo vige in Francia per l'elezioni senatoriali, e può essere raccomandabile: ma non potrebbe estendersi all'elezioni dell'altra Camera, poichè da un lato la base popolare di essa diventerebbe troppo rimota, dall'altro quei corpi locali finirebbero con essere affatto subordinati alle preoccupazioni elettorali.[2]

---

[1] Per la bibliografia, vedi *Rif. el.*, pag. 108, nota 1.

[2] Un altro mezzo, ancora più empirico, di correggere gli effetti del suffragio universale, è quello del così detto voto *plurale,* per il quale a certi cittadini appartenenti a classi determinate si concederebbe un voto doppio o anche triplo. Vedi *Rif. el.*, pag. 111.

117. — Contro il tipo del suffragio universale, limitato o no, nei modi che si è detto, sta il tipo del *suffragio ristretto.* Qui il problema della capacita è ammesso e risoluto in maniera *positiva,* e cioè nel senso che per essere elettore politico non bastano le condizioni generali di capacità giuridica, ma se ne richiedono di speciali. I criteri di questa capacità speciale sono due (che possono anche combinarsi fra loro), cioè il *censo* e la *capacità intellettuale* (o semplicemente *capacità,* in senso stretto).

118. — Il criterio del *censo* ha per sè una ragione storica che gli diede una base giuridica certa: nella forma rappresentativa dei secoli scorsi, la funzione essenziale delle assemblee rappresentative essendo la concessione dei fondi pei bisogni economici dello Stato, era naturale che il criterio dell'elezione fosse principalmente di ordine patrimoniale. Così la costituzione inglese ha fondato l'elettorato sul censo; e tutt'ora (malgrado le radicali riforme del 1832, 1867 e 1885) lo conserva, comunque ridotto alla forma minima dell'*occupazione di una casa,* cogli oneri che un tal fatto importa. Tuttavia quella ragione storica è venuta meno e con essa la giustificazione *giuridica* del criterio del censo; che può tuttavia valere solo come criterio sussidiario per escludere talune classi sociali, il voto politico delle quali sarebbe pericoloso allo Stato (nº 121), senza tuttavia in tal caso toglier nulla alla popolarità del suffragio, se richiesto in misura limitata. Che se poi il censo richiesto è elevato, esso fonda la rappresentanza sopra una base di plutocrazia che ha tutti gli svantaggi e le ingiustizie di un'aristocrazia, senza averne nè i vantaggi nè la forza. La Francia ne ha fatto esperienza con la sua costituzione del 1817, per la quale gli elettori si ridussero solamente a 80 mila, causa non ultima della corruzione dello Stato e poi di sanguinosi rivolgimenti.

119. — Il criterio dell'intelligenza, astrattamente preferibile, non si può dire nemmeno che risolva pienamente e giuridicamente il problema della capacità. Esso è stato attuato, con un'ampiezza variabile assai, e combinato col censo, dal Belgio, dalla Spagna, e dalle due leggi elettorali italiane (n° 123 e segg.). Parrebbe assai giusto che il voto sia conferito a chi sappia servirsene, ed abbia la maturità e la pienezza intellettuale idonea a servirsene coscientemente. Nel fatto, però, se si richiedono condizioni che implichino una cultura elevata, il corpo elettorale diventerebbe così ristretto da falsare la nozione moderna di rappresentanza e trasformare la Camera legislativa in un'accademia di dotti. Se si richiedono condizioni assai limitate (come, per esempio, la cultura delle scuole secondarie o, peggio, elementari), non si potrà dire che una tale cultura dia sul serio garenzie di un maturo giudizio dei problemi politici che sono certamente fra i più difficili, delicati e complessi. La verità poi, che spiega e giustifica queste considerazioni di fatto, è che il voto popolare in quistioni politiche non è il prodotto di un lavoro riflessivo e cosciente, nè, molto meno, presuppone un'adeguata cultura scientifica.[1]

120. — Tutta questa critica negativa ci avvia alla soluzione scientifica del difficile problema. Bisogna far capo ai presupposti essenziali del governo rappresentativo nello Stato moderno. Esso suppone un popolo, costituente un'unità organica, e classi sociali già mature a libertà, sì che quell'influenza latente che esse esercitano necessariamente e costantemente nella vita publica, si attua per via di istituti costituzionali a ciò idonei, e fra questi principalissimo, la rappresentanza. Da ciò una conseguenza necessaria: il governo rappre-

[1] Confr. *Rif. el.*, pag. 177 e segg.

sentativo, conformemente alla sua indole, deve essere *popolare,* quindi, in principio, tutto il popolo deve essere ammesso alla funzione elettiva. In questo senso si evitano le difficoltà insuperabili che incontra ogni criterio positivo di capacità; meglio è per questa parte affidarsene a quel senso misterioso ma potentissimo per cui le moltitudini hanno l'intuizione giusta, comunque il più delle volte incosciente, dei bisogni supremi dello Stato, quella tendenza, anch'essa incosciente, per cui la scelta popolare in generale indica sempre i *migliori* e i *più adatti* (politicamente, ben inteso).[1]

121. — Nè con ciò si ritorna alla teoria del suffragio universale, già da noi respinta. La differenza, essenziale, sta in ciò, che mentre per quella il diritto al voto è naturale all'uomo, e lo Stato non può spogliarnelo senza ledere l'ordine giuridico, esso resta per noi un diritto innanzi tutto storicamente connesso con una speciale forma di governo, e, secondariamente, conferito dallo Stato, conformemente ai suoi fini. Per quella teoria, il problema di una capacità elettorale implica per sè medesimo la infrazione del diritto, per noi invece è certamente ammissibile, ma sulla base non già di criteri *positivi* (secondo la tendenza sinora dominante), sibbene di criteri negativi. Il presupposto, da cui è forza muovere, è l'ammissione di tutte le classi sociali all'eletto-

[1] Confr. *Rif. el.,* pag. 116 e segg. — Uno dei pregiudizi più radicati e diffusi è di determinare il valore degli individui per via di criteri assoluti: sono *buoni* coloro che confusamente appaiono all'universale eminenti per ingegno, dottrina, carattere, integrità e poichè questi non di rado si vedono esclusi dalla vita pubblica, si grida la croce addosso al « sistema. » Si dimentica con ciò che tutte le attitudini sono *speciali:* e che un illustre avvocato o giurista, o letterato e così via potrà riuscire un pessimo uomo politico, come, viceversa, un uomo privo di cultura elevata e che ha fatto cattiva prova in una professione, può riuscire un uomo di Stato eminente. Quanti esempi, e quanto prossimi, di questa verità così sconosciuta!

rato, come conseguenza dell'indole dello Stato rappresentativo e dell'ipotesi sulla quale esso si fonda, cioè che i bisogni e i sentimenti politici dei cittadini abbiano una maniera diretta ed esterna di manifestarsi. Ma bene può avvenire che per contingenze speciali (la cui valutazione è di un'indole esclusivamente politica), il conferimento della franchigia elettorale ad una determinata classe di cittadini non sia consentaneo all'interesse dello Stato, supremo criterio in siffatta materia. In tal caso, sarà bene assumere criteri speciali da cui dipenderà l'esercizio di quel Diritto, ma allora il *fine* (questo è bene tener presente per la giuridica precisione della teoria) non è tanto di ricercare un *criterio positivo di capacità,* quanto di *escludere certe categorie di incapaci.* Il problema della capacità si pone quindi per noi in manierá negativa, e suppone che il conferire ad una classe sociale il Diritto elettorale non possa farsi senza un effettivo danno dello Stato. Come criteri di limitazione possono assumersi così il censo che la capacità intellettuale, i quali, quando richiesti in misura esigua, non tolgono che il suffragio, ciò malgrado, resti *popolare,* come è attualmente in Inghilterra e, dopo la nuova legge, in Italia.

122. — Questi i principii che il *Diritto* può stabilire in questa materia; una specificazione maggiore e soprattutto il confronto di essi con le condizioni degli Stati diversi, per venire poi alla loro attuazione concreta, costituiscono argomento di uno studio *politico.*

Capitolo IV.

La legge elettorale italiana.

§ 1. — *Generalità. — Condizioni per essere elettore.*

123. — Il nuovo Regno italiano aveva adottato, senza modificazioni sostanziali, la vecchia legge elettorale pie-

montese del 1848, conservandola sino al 1882, malgrado vari tentativi di riforma che non erano attecchiti. La vecchia legge attuava il suffragio ristretto sulla base così del censo che della capacità, con criteri abbastanza liberali, che furono però trovati eccessivamente limitati rapporto al crescere della forza e delle pretese della democrazia.[1] In seguito all'avvenuta riforma, la fonte legislativa in questa materia è la legge del 22 gennaio 1882, modificata (per quanto riguardava lo scrutinio uninominale o di lista e propriamente negli articoli 44, 45, 65, 69, 74, 75, 77 e 80) da quella del 7 maggio 1882. Ne faremo l'esposizione, seguendo, per quanto è possibile, l'ordine della legge medesima; riservando ad un altro capitolo tutto ciò che riguarda la costituzione dei collegi e il principio della rappresentanza proporzionale delle minoranze.

124. — Il primo titolo della legge concerne « le condizioni per essere elettore. » Fra esse, tre sono generali, cioè: 1° il godimento dei diritti civili e politici, il che importa l'esclusione degli stranieri non naturalizzati per legge, salva un'eccezione a favore di coloro che siano *italiani* ma non cittadini del Regno, pei quali è sufficiente la naturalizzazione per decreto reale; 2° l'età di 21 anno compiuti; questa condizione in verità non abbisognava di espressa menzione, perchè era compresa in quella della generale capacità giuridica, la quale, per le nostre leggi civili, si raggiunge appunto in quell'età. Ma si volle farne una disposizione a parte, perchè la nostra passata legge elettorale (sull'esempio di altre legislazioni, ma senza ragioni sufficienti) richiedeva per l'elettorato un'età speciale; 3° il saper leggere e scrivere: condizione generale richiesta non tanto come prova

[1] Il giudizio sulla passata legge elettorale, la storia della preparazione della riforma, i particolari sul modo col quale questa si compì, vedili nella nostra *Rif. el.*, libro III, pag. 135 e segg.

di *cultura,* quanto come condizione materiale per l'esercizio del voto, dati i sistemi attualmente in uso.[1] Nel fatto poi, essa costituisce un limite solo per categorie segnate all' art. 2 e che riguardano l'elettorato per *censo:* per le categorie assegnate alla capacità intellettuale, il saper leggere e scrivere è naturalmente implicito.

125. — Gli art. 2 e 3 enumerano i vari requisiti, ognuno dei quali, col concorso degli altri tre sopra enumerati, dà il diritto elettorale e costituisce dunque il criterio *specifico* della capacità. Essi si possono distinguere in due grandi categorie, secondo che si riferiscano alla capacità intellettuale (art. 2) o al censo (art. 3).

126. — La condizione minima di capacità intellettuale è la prova di aver sostenuto con buon esito l' esperimento prescritto nelle materie indicate dalla legge sull' istruzione elementare obbligatoria. La legge enumera poi undici categorie di titoli equipollenti alla prova suddetta, fra le quali merita nota, perchè il suo grado è anche basso, quella dei militari che, dopo due anni di servizio, provano di avere seguita con profitto la scuola reggimentale (§ 5) ; le categorie poi costituite dei membri degli ordini equestri (§ 6) e decorati di medaglie al valore civile o militare (§ 10) o per certe battaglie dell' indipendenza (§ 11), esse (quantunque praticamente di poco rilievo) non andrebbero propriamente riferite al criterio della capacità intellettuale, bensì ad una specie di benemerenza civica.

127. — Il criterio del censo (art. 3) si attua nelle seguenti principali categorie: *a*) pagamento annuale per contribuzioni dirette (si tiene quindi conto anche della proprietà mobiliare) di L. 19. 80, almeno, comprendendovi la sovraimposta provinciale, non la comunale

[1] Così è che anche quelle legislazioni le quali hanno adottato il suffragio universale, richiedono tuttavia, direttamente o indirettamente, una tale condizione.

(§ 1 dell' art. 3); *b*) il fitto di un fondo rustico, per cui annualmente si paghi almeno 500 lire (§ 2), o, se il canone si paga in natura, quando il fondo sia colpito da un' imposta prediale di L. 80 (§ 4); vi si assimilano i conduttori a colonía parziaria (§ 3); *c*) la pigione di una casa (sul tipo dell' *household suffrage* inglese), o magazzino o bottega, di un annuo fitto che varia secondo la popolazione del comune. Gli articoli seguenti (4-12) regolano talune particolarità relative in primo luogo alla certezza e anteriorità della data dei titoli che si vogliano far valere (art. 4); e poi alla ammissibilità di quei requisiti in certi casi determinati, e, in particolare, per la imputazione delle imposte quando l' usufrutto sia diviso dalla proprietà (interamente a favore dell' usufruttuario, art. 5), pei beni enfiteutici (quattro quinti all' enfiteuta e un quinto al domino diretto, art. 6); per le locazioni eccedenti i 30 anni (metà al proprietario e metà al conduttore, art. 6). Così, in genere, si tiene conto al padre delle imposte pagate per i beni dei suoi figli minorenni, e al marito per quelli della moglie (art. 8): si ammette la *delegazione* delle imposte pagate dalla vedova, o dal padre, che non voglia o non possa esercitare il Diritto elettorale, a favore di uno dei figli o del genero (art. 12).

128. — La legge inoltre stabilisce fra le condizioni dell' elettorato, che esso venga esercitato nel luogo in cui l' elettore ha il suo *domicilio politico*, il quale è presunto nel luogo medesimo dove si ha il domicilio civile: limite che ha per fine di impedire lo spostamento repentino, per soli fini elettorali, di gruppi di elettori da un collegio ed un altro.

129. — Connessa con questa materia è quella relativa alle *ragioni speciali di incapacità*, che la legge, senza sufficiente ragione sistematica, tratta in parte nel primo titolo, in parte nel quinto colle disposizioni penali. Pre-

scindiamo dalle ragioni *generali* di incapacità politica, tra cui va annoverata l' esclusione delle donne dal voto: contrastato principio,[1] ma che, per nostro Diritto pubblico, si riannoda con l' esclusione generale della donna da tutti gli uffici pubblici. Un' incapacità temporanea è quella relativa ai militari di bassa forza (soldati e sottufficiali), ai quali si nega l' *esercizio* del voto durante il tempo che servono sotto le armi: disposizione che si estende a tutti coloro che appartengono *a corpi organizzati* per servizio dello Stato, della provincia, dei comuni. La ragione della disposizione sta in ciò che la disciplina rigorosa, che l' ordinamento militare importa, non sembra compatibile con la *libertà del voto.*

130. — Altre incapacità invece implicano una vera e propria *indegnità* e sono conseguenza di una *pena.* Indipendentemente quindi da quelle condanne che per sè stesse importano interdizione definitiva o temporanea della piena capacità giuridica, perdono il Diritto elettorale i condannati a pene criminali, se non ottengano la riabilitazione, i condannati a pene correzionali per reati specialmente degradanti (furto, truffa, abuso di fiducia, frode, calunnia, falso ec.). L' interdizione è temporanea riguardo ai condannati per oziosità, vagabondaggio, mendicità (sino all' anno seguente la condanna), ai commercianti falliti, durante il fallimento, agli interdetti o inabilitati per infermità di mente, ai ricoverati in istituti di beneficenza (art. 86-88). In generale poi, la sospensione dal Diritto elettorale accompagna le condanne inflitte per reati elettorali (nº 137). Queste ragioni speciali di incapacità, ammesse da tutte le legislazioni, discendono dal principio (e ne sono una conferma) per cui il Diritto elettorale è conferito dallo

---

[1] Confr. *Rif. el.*, pag. 128 e segg., per lo sviluppo di tale quistione.

Stato e può dallo Stato, concorrendo ragioni di giustizia, esser tolto (confr. n[i] 110 e 121).

§ 2. — *La formazione delle liste.*

131. — La legge dedica un titolo speciale (il secondo) alla *composizione delle liste :* argomento che ha di fatti un' importanza grandissima e costituisce la *sanzione* delle disposizioni che regolano la capacità elettorale. Una soverchia complicazione e difficoltà di congegni impedirebbe l' iscrizione di molti cittadini, che ne avrebbero il diritto; una soverchia facilitazione agevolerebbe quelle frodi di cui la storia dei sistemi elettorali abbonda pur troppo.

132. — Tre poteri diversi, secondo l' ordinamento nostro, concorrono a questa funzione di formare le liste e deliberare sui reclami eventuali dei cittadini. Nel primo stadio è competente l' autorità comunale del luogo, che è quella che trovasi nelle condizioni più favorevoli per accertare quali cittadini abbiano diritto al voto e quali l' abbiano perduto. Il 15 gennaio di ogni anno, la Giunta invita tutti i cittadini, che credano aver diritto, a presentare la domanda di iscrizione, coi documenti giustificativi (art. 16-18). Entro il mese di febbraio, la Giunta fornisce il suo cómpito, esaminando le domande, ordinando, quando ne sia il caso, l' iscrizione, e cancellando quegli elettori di cui si conosca esser venuto meno il diritto. La Giunta ha inoltre l' importante facoltà di iscrivere, anche senza loro domanda (iscrizione d' ufficio), tutti quei cittadini di cui le consti che abbiano le condizioni volute (art. 19-21). Compilate così le liste, esse sono pubblicate e, sino al 15 marzo, i cittadini sono ammessi a presentare i loro reclami. Il Consiglio comunale rivede l' operato della Giunta e statuisce su tali reclami ; introdotte poi le opportune modificazioni, non

prima del 5 aprile, le liste sono di nuovo pubblicate sino al 15: e i cittadini che sono stati cancellati o di cui i reclami non siano stati accolti, ne sono avvisati al loro domicilio (art. 22-23). Qui comincia il secondo stadio, cui presiede un'autorità diversa, cioè una *Commissione provinciale,* in cui il governo è rappresentato dal prefetto, che la presiede, il potere giudiziario dal presidente del tribunale civile del circondario, e l'elemento elettivo locale da tre consiglieri provinciali (articolo 52). Innanzi a questa Commissione son prodotti gli appelli contro il rigetto di un reclamo e in generale per qualsiasi indebita iscrizione o cancellazione fatta dal Consiglio comunale: per produrre tali istanze non è necessario (ed è questa un'innovazione importante della nuova legge) avere un interesse diretto, ma basta la qualità generale di cittadino (art. 31): unico argomento per cui il nostro Diritto ammetta le *azioni popolari.* Alla fine di giugno, la Commissione provinciale deve aver ultimati i suoi lavori, e la lista da essa approvata è *definitiva,* nel senso che le elezioni, per tutto l'anno, procedono sulla base di essa, salvo le modificazioni ordinate dall'autorità giudiziaria (art. 35, 36). Nel terzo stadio, interviene finalmente il potere giudiziario che ha la competenza più appropriata a dirimere le controversie sui diritti. Contro le decisioni delle Commissioni provinciali perciò è concesso ad ogni cittadino un ricorso davanti la Corte di Appello. Il giudizio si fa con procedimento sommario, semplicissimo e gratuito, non richiedendosi nemmeno l'assistenza di un difensore (art. 38 e segg.). In pendenza del giudizio, conservano il diritto al voto gli elettori che erano iscritti sulle liste degli anni precedenti quantunque poi cancellati, e coloro che furono iscritti nella lista definitiva di quell'anno per decisione concorde del Consiglio comunale e della Commissione provinciale.

§ 3. — *I procedimenti della votazione.*

133. — Prescindendo dalle quistioni attinenti allo *scrutinio*, se per *lista* o *uninominale* (alle quali, per la loro importanza, dedicheremo un capitolo speciale), noi supponiamo dunque costituito già il *collegio*, cioè quell' *unità*, determinata per via del territorio, da cui deve sorgere l'elezione dei deputati ad essa assegnati. Or siccome, anche nei collegi relativamente meno ampi, sarebbe impossibile riunire tutti gli elettori in unica assemblea per fare un' unica votazione, così è stato necessario dividere i collegi in *sezioni*. Qui la difficoltà è duplice: poichè da un lato non è bene che il numero delle sezioni sia così limitato da costringere l' elettore ad allontanarsi troppo dalla sua residenza, il che favorirebbe le astensioni; e dall' altro, il moltiplicare troppo le sezioni renderebbe meno facile la sorveglianza e favorirebbe le frodi. Secondo talune legislazioni ogni *comune* costituirebbe una *sezione*: ma in Francia, dove il sistema è stato adottato e dove la media della popolazione dei comuni è molto maggiore che in Italia, si sono sperimentati inconvenienti non lievi. La legge italiana ha quindi temperato il principio. In ciascun comune, per ogni 400 elettori si costituisce una sezione e la ripartizione è fatta dall' autorità comunale: i comuni che abbiano un numero di elettori inferiore a 400, formano una sezione, purchè però il numero degli elettori non sia minore a 100, poichè allora la sezione è costituita aggregando il comune ad altre sezioni limitrofe, e ciò per decreto reale che designa altresì il capoluogo della sezione. Circostanze eccezionali di lontananza e di viabilità possono permettere che si costituisca in sezione un comune che abbia meno di 100 elettori, ma, anche allora, purchè siano più di 50 (art. 46-48).

134. — In ogni sezione, funziona un *ufficio* (o *seggio*)

elettorale, che dirige il procedimento della votazione: la importanza di esso è quindi grandissima e ne dipende in massima parte la regolarità e sincerità delle elezioni. Incombe all' ufficio osservare le prescrizioni circa le ore dei vari appelli, constatare l' identità dell' elettore, decidere in prima istanza sulla validità delle schede contestate e sui reclami di ogni genere, attribuire i voti ai candidati, proclamare l' eletto (nell' assemblea dei presidenti dei vari seggi). Importa quindi che esso non sia mosso da alcun fine *partigiano,* ma semplicemente attui la legge, e sarebbe teoricamente e praticamente preferibile un sistema per il quale l' ufficio fosse composto di *funzionari,* con prevalenza dell' elemento giudiziario e dei corpi elettivi locali, come nel Belgio, ed ammettendo anche le rappresentanze dei candidati. La nuova legge elettorale italiana non seppe affrancarsi da un pregiudizio che riveste le apparenze di una teoria liberale, per cui facendo emanare l' ufficio da una *elezione,* lo si rende necessariamente *partigiano,* mentre dall' altro lato gli interessi dei candidati non sono tutelati che solo quando riescano a fare entrare nel seggio alcuno dei propri sostenitori. All' elezione di questo ufficio (detto *definitivo*) provvede un ufficio *provvisorio* composto (con criteri naturalmente variabili, secondo i luoghi) da un magistrato che presiede e da due consiglieri comunali, in mancanza da due fra gli elettori più anziani presenti (art. 52). L' ufficio definitivo è composto di cinque elettori, presidente colui che ha ottenuto il maggior numero di voti: ogni elettore, però, non può votare che per tre nomi, lasciando gli altri due alla minoranza (confr. n° 148): inoltre il segretario dell' ufficio non è dall' elettivo ma è scelto, con criterio fissato per legge, fra i notai, o in mancanza fra i cancellieri, ec.: sole, e non sufficienti, concessioni fatte al principio dell' imparzialità dell' ufficio (art. 60).

135. — Non immoriamo sui particolari, troppo materiali, coi quali la nostra legge con lodevole intento cerca di garentire la regolarità delle elezione. Rileviamo solo, come importante dal punto di vista dei principii, che, per il nostro Diritto, il voto è segreto (art. 65 e 69) come garenzia di libertà,[1] e che è vietato il voto per rappresentazione (art. 57, ult. alinea).

136. — Per tutela dei diritti delle minoranze le quali, scisse in una prima votazione, possono in seguito allearsi, per evitare le sorprese, per dar modo ai partiti di meglio disciplinarsi, si è istituito, quando il numero dei voti raggiunto dal candidato vincitore è troppo esiguo, il così detto *ballottaggio,* per il quale si procede ad una nuova votazione quando nessuno fra i candidati ha raggiunto un determinato numero relativo di voti; allora la nuova votazione si limita a quei soli che ottennero tuttavia i maggiori voti per un numero doppio dei posti che rimangono non coperti. Attuato lo scrutinio di lista, questo *minimum* che bisogna oltrepassare per essere eletti è l'ottavo degli elettori iscritti (art. 75), cifra che può parere troppo esigua.

137. — I vari regolamenti della procedura elettorale hanno per iscopo di prevenire il broglio, ma quando, ciò malgrado, esso si verifica, la legge sanziona delle pene, le quali pel nostro ordinamento sono assai gravi, ma l'applicazione non ne è facile per i troppi interessi che vi si oppongono e per la specifica difficoltà di accertare la scienza della frode. I vari reati elettorali prevedibili sono divisi in tre classi, secondo il triplice stadio pel quale passa l'elezione, e cioè: *a)* reati attinenti alla formazione delle liste (art. 89); *b)* attinenti all'elezione in senso stretto (corruzione, pressione, abuso

[1] Confr. sull'argomento, controverso in principio quantunque risoluto da tutte le costituzioni moderne nel senso della legge nostra, *Rif. el.,* pag. 243 e segg.

di autorità, violenze e vie di fatto, turbamento della votazione, frodi in genere) (art. 90-96); *c*) alla dichiarazione dell' esito della elezione (art. 96). Anche qui per promuovere un' azione penale in dipendenza di tali reati, è ammesso qualsiasi cittadino (art. 97).

Capitolo V.

I collegi elettorali.

138. — Nella forma storica della rappresentanza, la concessione di un rappresentante ad una singola collettività non aveva alcuna proporzione costante e determinata, ma costituiva il conferimento di un privilegio variabile secondo i casi. Così erasi venuta formando in Inghilterra quella maniera specialissima di circoscrizione elettorale, la quale, malgrado l' arbitrio esternamente apparente e le ingiustizie che il tempo rendeva sempre meno tollerabili, aveva tuttavia dei rapporti organici, e rispondeva alle distinzioni effettive della nazione: sopra tutto a quella distinzione fra contee e borghi, così naturale, così facile, ma anche così inimitabile, e che dura tuttavia malgrado le grandi radicali riforme. Negli Stati che hanno adottato le istituzioni rappresentative, una circoscrizione elettorale che avesse una ragion d' essere storica ed organica era impossibile; da ciò la necessità di ricorrere a distinzioni meccaniche e, determinato *a priori* il numero totale dei rappresentanti assegnati alla nazione, distribuirli alle singole parti del territorio. I criteri di questa distribuzione possono essere due: uno è il rapporto con l' estensione topografica, un deputato per tanti chilometri quadrati: criterio che ha il grave danno di concedere una rappresentanza insufficiente ai grandi centri popolosi che

sono tanta parte dell'attività sociale; l'altro, preferito da tutte le costituzioni, è il rapporto con la popolazione, più semplice, e che dà luogo a minori ingiustizie: così l'Italia ha, formalmente, un deputato per ogni 50,000 abitanti; nel fatto però, essendo rimasto fermo il numero dei deputati in 508, ed essendo la popolazione cresciuta, il rapporto è mutato, in media, da 1 a 60,000 circa: proporzione che, per altro, varia notevolmente da collegio a collegio.

139. — Dato un rapporto siffatto, bisogna poi determinare il modo con cui deve costituirsi il *collegio*, cioè quella circoscrizione territoriale dello Stato che forma un'unità, al fine di eleggere un certo numero di rappresentanti. In concreto, la quistione si presenta così: si dovrà ogni gruppo di 50,000 abitanti costituire in un collegio che nomini, quindi, un solo deputato (*scrutinio uninominale*), o si devono riunire, e con quale criterio, vari gruppi di 50,000 e far loro eleggere, in numero proporzionato, una *lista* di deputati (*scrutinio di lista*)?

140. — È questa una delle quistioni più dibattute, ma specialmente dal punto di vista politico. Limitiamoci a fissare i dati giuridici di essa. Astrattamente, starebbe il principio che il nesso fra la rappresentanza e la circoscrizione dovrebbe essere *organico*, e il *collegio* dovrebbe dunque costituire un'unità organica. L'attuazione incosciente di questo principio era stata una delle cause principali della forza mirabile della costituzione inglese, ma si connetteva con un lungo sviluppo storico, e, del resto, anche l'Inghilterra avea dovuto procedere ad innovazioni radicali. Mancando i nessi storici, quel principio non è più realizzabile. Le sole unità organiche sono da un lato lo Stato, dall'altro il Comune: ma l'uno è troppo esteso per costituire un collegio unico, l'altro è, in generale, troppo piccolo o di un'ampiezza troppo

variabile. È quindi impossibile trovare una soluzione che soddisfaccia appieno a quel postulato. Dovendo ricorrersi a criteri meccanici, parrebbe a prima vista più spediente procedere dal *Comune* e assumerlo come fondamento della circoscrizione, aggruppandone tanti da raggiungere la cifra di 50,000 abitanti, ed assegnando ad ognuno di tali gruppi un deputato. Così quei rapporti organici, originariamente non esistenti, verrebbero a poco a poco formandosi, e, in rapporto all'elezione del deputato, i vari Comuni si fonderebbero in un ente intermedio fra la provincia e il Comune.

141. — La soluzione più ovvia sarebbe quindi nel senso del collegio *uninominale*. E, infatti, i sostenitori dello scrutinio di lista sono mossi da fini *politici* apertamente confessati, e che si possono ridurre a questi due principalissimi: attenuare i rapporti troppo stretti fra l'eletto e l'elettore, e dare un'influenza maggiore ai *partiti politici* che colla loro organizzazione possono meglio prevalere in un territorio più esteso. Che con lo scrutinio di lista questi fini siano raggiunti, può in generale ammettersi, ma può dubitarsi che sì l'uno che l'altro costituiscano davvero un vantaggio, o se non sia invece preferibile mantener saldi i rapporti fra il corpo elettorale e l'eletto, e infrenare, anzi che incoraggiare, l'influenza del *partito*. La passata legge elettorale italiana era fondata sullo scrutinio uninominale, nè pareva che da questo lato avesse dato cattivi frutti. Contrariamente all'opinione quasi unanime della scienza,[1] la legge nuova introdusse lo scrutinio di lista: ma non pare davvero che esso abbia apportato quei benefici effetti che se ne speravano.

142. — In particolare poi, la legge ha diviso lo Stato in 135 collegi, a due, a tre, a quattro, o a cinque de-

---

[1] Confr. gli autori citati nella nostra *Rif. el.*, pagg. 213 e 218.

putati: con l'unico criterio direttivo di formare un collegio unico di una provincia che eleggesse cinque deputati o meno: pel resto la distribuzione è affatto arbitraria. Importa solo rilevare che nei collegi a cinque deputati, che sono in tutto 35, l'elettore non potrà votare che per quattro candidati: cioè si attua in essi il principio della *rappresentanza proporzionale delle minoranze* col sistema del *voto limitato*: argomento che per la sua speciale importanza teorica merita una trattazione particolare.

Capitolo VI.

La rappresentanza proporzionale delle minoranze.[1]

143. — Il principio della proporzionalità della rappresentanza è completamente *moderno* e di un'origine affatto *dottrinale*, essendo prima stato escogitato nel campo scientifico e poi attuato, comunque eccezionalmente, dalle varie legislazioni positive. Lo scopo che si vuol con esso raggiungere si può brevemente riassumere così: fare in modo che i rappresentanti sorti dall'elezione stiano in una vera proporzione con i voti degli elettori, così che se, a mo' di esempio, in un collegio il quinto dei votanti appartiene ad un determinato partito, il *quinto* dei rappresentanti sia scelto fra i candidati che a quel partito appartengono. Negli attuali sistemi prevale invece il criterio della maggioranza *assoluta*, il quale, così ragionano i sostenitori della proporzionalità della rappresentanza, può tolle-

---

[1] Confr. Brunialti, *Libertà e democrazia, studi sulla giusta rappr. di tutti gli elettori* (Milano, 1879); Palma, *La proporzionalità della rappr. in Italia,* nelle *Quest. costituz.* (Firenze, 1885), cap. III.

rarsi, perchè imposto dalla necessità, quando si tratti di pigliare una determinazione, ma è un' ingiustificata prepotenza, quando si tratti di una elezione plurinominale. Se si devono eleggere cinque rappresentanti, e 3000 elettori votano la lista *A*, mentre 2000 votano la lista *B*, la più elementare ragione di giustizia distributiva vuole che tre degli eletti rappresentino il gruppo *A* e due il gruppo *B*, e non già che tutti e cinque appartengano al primo partito, lasciando così senza rappresentanti un così considerevole numero di elettori.

144. — Questo principio ha trovato un numero straordinario di sostenitori fra cui parecchi illustri, ma anche non pochi avversari.[1] La caratteristica degli uni e degli altri è una certa esagerazione così nel magnificarlo, come nel vilipenderlo: *a priori*, noi ci mettiamo in guardia verso questi eccessi, convinti che non si tratterebbe in ogni caso che di una semplice mutazione di un meccanismo elettorale e perciò stesso non capace di produrre straordinari effetti così nel bene come nel male.

145. — Ciò premesso, considerando il principio nei suoi dati astratti, importa riconoscere che il principale appunto che gli avversari muovono contro di esso non sia fondato. Si dice che con esso si viola il principio essenziale del governo rappresentativo, il quale è che la maggioranza deve prevalere. Ma il sistema non nega, almeno astrattamente, questo principio; ammette che la maggioranza resti tale, anche nell' elezione dei rappresentanti; solo vuole osservata la proporzione colle forze effettive di essa: così, nel caso sopra esaminato, il partito *A*, che era maggioranza nel collegio, restava maggioranza nell' elezione, avendo tre rappresentanti su

[1] Confr. in *Rif. el.*, pag. 218 e segg., e particolarmente per la bibliografia italiana a pag. 219, nota 2, e 223, nota 3. — Il lettore poi che farà un confronto fra queste pagine e quelle, vedrà come l' opinione dell'Autore, sull' argomento, si sia modificata.

cinque. Il dire dall' altra parte che i partiti devono essere rappresentati per forza propria e non per effetto di disposizioni legislative, sarebbe risolvere la quistione con un' affermazione che la suppone già risoluta negativamente.

146. — Ma, dall' altro lato, non sembrano nemmeno completamente accettabili le ragioni di ordine giuridico su cui i sostenitori del principio si fondano. Il dire che bisogna rendere *equivalenti* i voti degli elettori, mentre il voto dell' elettore che appartiene alla maggioranza *vale di più* che quello dell' elettore della minoranza *che resta senza rappresentante,* può contenere un pericoloso errore, quasi che *il deputato rappresenti solo coloro che votarono per lui,* mentre è vero il contrario, e il deputato rappresenta non solo tutti i votanti, non solo tutti gli elettori, ma la nazione tutta (confr. nº 102, 109). Nè, dal punto di vista politico, i mali che si temono dall' annichilamento delle minoranze, hanno un adeguato fondamento *nel fatto,* poichè un' esperienza costante prova che si verifica una specie di compensazione per la quale il partito che è minoranza in un collegio, è poi maggioranza in un altro: *nel fatto* dunque *le minoranze sono rappresentate,* quantunque non in proporzione all' effettiva loro forza numerica. Ma se gli argomenti teorici a favore o contro il principio, in astratto, non sembrano decisivi, l' esame si completa, ed è lecito venire ad una conclusione, con la valutazione dei sistemi diversi che sono stati escogitati per attuare, in concreto, il principio suddetto: procederemo dunque a tale studio, avvertendo che, siccome in questo campo le combinazioni più o meno ingegnose si sono moltiplicate, noi ci limiteremo a dire brevemente dei sistemi principali.

147. — Procediamo da una distinzione fondamentale: in alcuni di questi sistemi la parte data alle minoranze

è assegnata preventivamente o dalla legge o dai calcoli dei comitati elettorali, e perciò li chiameremo *empirici*: in altri la *proporzionalità* è più o meno esattamente raggiunta e sorge dall' elezione medesima; li chiameremo perciò *organici*.

148. — Primo fra i sistemi empirici e il più di tutti attuato anche per la sua grande semplicità è il così detto *voto limitato*: esso consiste nell' attribuire a ciascun votante un numero di voti inferiori al numero di rappresentanti da eleggere: la differenza rappresenta la rappresentanza concessa alla minoranza. Questo sistema fu adottato dall' Inghilterra nella riforma del 1867 per i suoi undici collegi a tre rappresentanti, dal Brasile (1875), dalla Spagna (1878), e, non contando altri Stati minori, dall' Italia nella sua ultima legge, per i 35 collegi a cinque nomi. Si vede chiaramente come questo sistema non è, certo, *proporzionale*, cioè non raggiunge il fine propostosi dal sistema. Meno male quando la sproporzione è nel senso che alla minoranza dovrebbero toccare più posti di quel che la legge le accorda: peggio è quando la minoranza è così sparuta che, nemmeno invocando la proporzionalità, essa avrebbe diritto a quel posto; qui è il caso di dire, davvero, che la *minoranza vince per forza di legge* (confr. nº 146): il che non è giusto.

149. — Altro sistema empirico è quello del così detto *voto cumulativo*, pel quale l' elettore dispone di tanti voti quanti sono i candidati, se non che egli può attribuirli *tutti al medesimo nome*, o dividerli fra diversi, ma inegualmente; così avviene che una minoranza dividendo i suoi voti fra un numero minore di rappresentanti può farne riuscire alcuno. Questo sistema, adottato dalla legge del Capo di Buona Speranza (1852) e da qualche altro Stato minore, ha il difetto di pretendere dai comitati elettorali una preventiva valuta-

zione delle proprie forze, e dagli elettori una disciplina, che è quasi impossibile. Mancando tali elementi (sovra tutto il primo), o le minoranze non saranno rappresentate,[1] e il sistema non raggiungerà il suo scopo, o, anche, le minoranze diventeranno maggioranze,[2] e ciò non è ammissibile.

150. — Il sistema *organico* per eccellenza, che attua quasi completamente il principio della proporzionalità, e che ha suscitato i più grandi entusiasmi, è quello proposto nel 1855 da Tommaso Hare, detto del *quoziente*, adottato dalla Danimarca. Esso, nelle somme sue linee, può riassumersi così. Lo Stato forma un collegio unico, diviso in compartimenti e sezioni, al fine della votazione. Questa si fa coi sistemi ordinari, solo con le seguenti differenze: 1) l'elettore è libero di votare per quanti nomi gli pare; 2) egli deve scriverli con l'*ordine della preferenza* che dà ad un candidato piuttosto che ad un altro. Compiuta la votazione, l'ufficio centrale fa il computo totale *di tutti i votanti*, e lo divide pel numero dei deputati assegnati alla nazione, ottenendo un *quoziente* da cui il sistema trasse la denominazione. Allora si procede allo scrutinio, coi seguenti criteri: 1) ogni scheda vale per un solo nome, cioè pel primo scritto; 2) quando un candidato ha rag-

---

[1] Questo, strano ma vero, avverrà più facilmente quanto maggiore sarà la forza della minoranza! In un collegio a tre nomi, un partito sia forte di 1000 voti, un altro di 999: i capi di quest'ultimo credendo (e come si potrà rimproverarneli?) di essere maggioranza, voteranno tre nomi, come anche il primo partito, il quale otterrà vittoria completa per tutta la lista.

[2] Ecco il caso. In un collegio a tre nomi, il partito I sia forte di 550 votanti e quindi di 1650 voti, il partito II di 400, quindi di 1200 voti. Il partito I vota per tre candidati, a cui darà 550 voti ad ognuno, il partito II vota per due candidati ai quali darà 600 voti. Così avverrà che il partito II, meno forte di 150 voti, avrà due rappresentanti su tre.

giunto il quoziente, esso è senz'altro eletto, e tutti gli altri voti che per avventura gli fossero dati, non contano più, e nella scheda che porta primo il suo nome, si legge invece il secondo, e, se anche questo è stato eletto, il terzo e così via. Così, astrattamente, tutto il corpo elettorale è diviso in tanti gruppi quanti sono i posti di deputato, ed ogni gruppo ottiene un proprio rappresentante.

151. — Questo sistema attua certamente il principio della rappresentanza proporzionale. Ma a parte obiezioni di minore importanza che contro il sistema si sollevano, esso ha secondo noi il difetto sostanziale, per cui non ci sembra conveniente di adottarlo, di ridurre il fatto dell' elezione ad un meccanismo complicato, interrompendo completamente quel rapporto vitale ed organico che stringe l' eletto con *un determinato corpo elettorale, di un determinato territorio*. Nè l' affermazione di questo rapporto contraddice al principio che il deputato rappresenta la nazione e non il suo collegio, principio che si oppone all' idea di una particolare rappresentanza di interessi, ma che è bene compatibile con quell' altro per il quale, nel modo stesso che lo Stato si divide in circoscrizioni territoriali diverse, rappresentanti forze ed attività diverse, si ammette che anche questa varietà di rapporti che chiameremmo *territoriali* si riproduca nel fatto dell' elezione politica. Col sistema del quoziente, la Camera non rappresenterà più l' organismo della nazione divisa in città e campagne e borghi, in centri agricoli, e industriali, e commercianti, e intellettuali, ma solo il formarsi accidentale e disorganico di gruppi numerici.

152. — Un altro sistema ancor esso *razionale*, per cui la proporzione scaturisce dall' elezione medesima, comunque con una precisione assai minore che nel sistema del quoziente, è quello così detto delle *liste con-*

correnti, concepito dal Considérant, studiato e diffuso con amore grandissimo dall'*Associazione riformista* di Ginevra. Esso muove da un riconoscimento giuridico del *partito,* il quale, per mezzo dei suoi comitati, è ammesso a presentare una lista che contiene tanti nomi quanti i deputati da eleggersi nel collegio; quanto questo sarà più esteso, tanto maggiore sarà la proporzionalità possibile. L'elettore *non vota pel candidato ma per la lista:* e fatto il computo dei voti che ogni lista ha avuto, si sceglierà proporzionalmente da ogni lista il numero di rappresentanti: l'ordine con cui i candidati sono scelti è quello designato dal partito. Come si vede, il sistema ha il difetto di dare un potere eccessivo al partito, difetto che si può temperare col così detto *doppio voto simultaneo,* pel quale l'elettore vota non solo la lista, ma *l'ordine dei candidati* in essa contenuti, e secondo il quale saranno poi scelti. Ma il difetto resta, perchè esso è organico al sistema medesimo: e, soprattutto, ci sembra affatto contrario ai retti principii il dare riconoscimento *giuridico* (con quali criteri?) al comitato elettorale di un partito politico, il cui potere malgrado quel temperamento resta sempre esorbitante, non potendo l'elettore votare altri nomi al di fuori di quelli indicati dai partiti.

153. — Comunque attuato, il principio della rappresentanza delle minoranze dà luogo ad inconvenienti che sembrano troppo inerenti all'essenza di esso per potere sperare che siano eliminati. Meglio è affidarsene alla naturale compensazione che abbiam visto esistere fra la forza dei vari partiti politici nelle varie parti del territorio, sicchè da questo studio si può solamente trarne un altro argomento a favore dello scrutinio uninominale che, frazionando di più l'elezione, agevola assai la compensazione suddetta.

Capitolo VII.

Condizioni di eleggibilità.
Incompatibilità parlamentari.

154. — Il principio che regge la materia dell'*eleggibilità* è diverso essenzialmente da quello che regge quella dell'*elettorato*, in quanto non si fa, per regola, quistione *di capacità*, ritenendosi con ragione che presunzione assoluta di capacità, dinanzi alla quale non può avere alcun valore qualsiasi determinazione *a priori*, è *il fatto stesso dell' elezione*. Alcuni ordinamenti (fra cui quello dell' Inghilterra prima del 1858, e della Francia colle costituzioni del 1817 e 1830) richiedevano speciali condizioni di censo: ma questo criterio, in omaggio al principio suddetto, è stato in generale abbandonato.

155. — In Italia, questa materia è regolata dall' art. 40 dello Statuto, dagli art. 81-84 della legge elettorale, e, inoltre, dall' art. 49 dello Statuto, con la legge 30 dicembre 1882 sul giuramento dei deputati, e oltre la legge sulle incompatibilità. La materia, intanto, si presta ad una distinzione sistematica, secondo che si tratta delle condizioni richieste per essere eleggibili (eleggibilità in senso stretto) o di particolari ostacoli, i quali, malgrado il concorso di quelle condizioni, impediscano l' esercizio del mandato (*incompatibilità parlamentari*).

156. — Per essere eleggibibile è dunque necessaria quella generale capacità voluta per l' esercizio di un Diritto politico (art. 40 dello Stat.), con restrizioni speciali risultanti da condanne per certi reati o dallo stato di infermità di mente ec., che furono già ricordate a proposito del Diritto elettorale (art. 86-88, legge el.). È però inoltre richiesta un' età particolare, cioè di trent' anni compiuti, quantunque nessuna ragione di ordine giuridico o politico giustifichi tale limite e sembri

invece più conveniente di schiudere la via politica anche alle forze giovanili, che sappiano talmente eccellere da procurarsi il suffragio di un corpo elettorale: la storia parlamentare inglese è ricca di esempi di eminenti uomini di Stato, entrati nella Camera dei Comuni in giovane età. Quel limite è stato solo mantenuto per una ragione politica estranea a questo argomento e cioè perchè essendo questa condizione speciale espressamente sancita dallo Statuto, non si vuole affrontare direttamente la delicata quistione del modo di riformare la nostra legge fondamentale (n° 181).

157. — Attinenti invece non tanto al criterio dell'eleggibilità quanto alle condizioni per esercitare l'ufficio di deputato sono certi altri ordini di restrizioni. In primo luogo, il *giuramento politico*, richiesto dall'art. 49 dello Statuto. Esso costituisce una *solennità* non priva tuttavia di una giuridica portata e cioè come affermazione che il mandato legislativo sarà esercitato in maniera conforme all'indole di ogni pubblico ufficio, cioè al fine di contribuire alla forza ed al benessere dello Stato, concretato nelle istituzioni vigenti. Stando alla lettera di quell'art. 49, poteva supporsi che il giuramento fosse una condizione essenziale non tanto *per essere* deputato, quanto *per esercitarne le funzioni*. Invece la legge del 30 dicembre 1882 ne fece esplicitamente una condizione, la quale mancando, si incorre nella decadenza dall'ufficio di deputato.

158. — Viene finalmente il limite dipendente dalla *incompatibilità* della qualità di deputato, con altri uffici, incompatibilità che può risolversi in una vera ragione di *ineleggibilità*, e da questo punto di vista noi qui la trattiamo. Ecco l'enumerazione di queste cause di ineleggibilità:

1) Non si può essere rappresentante di più di un collegio. Se l'elezione plurale è *contemporanea* (come

suole avvenire nelle elezioni generali), l'eletto ha un diritto di scelta che dura otto giorni da quando le elezioni sono state convalidate (art. 84, legge el.). Se la elezione si riferisce ad uno che è già deputato, essa è nulla, secondo una nostra giurisprudenza parlamentare, che ci sembra ben fondata;[1]

2) Non si può essere insieme senatore e deputato (art. 64 dello Stat.). Un senatore sarebbe quindi ineleggibile per ragioni di incompatibilità;

3) Egualmente è causa di ineleggibilità la qualità di ecclesiastico avente cura d'anime, o giurisdizione con obbligo di residenza, o che faccia le veci di tali uffici e che sia membro dei Capitoli (art. 83, legge el.). La ragione di tale limite è duplice: da un lato il timore che l'influenza spirituale direttamente esercitata da questi ministri del culto possa rendere meno libera la scelta dell'elettore, dall'altro lato che le particolari occupazioni di essi e la dipendenza diretta dalla gerarchia ecclesiastica non lasci loro sufficiente libertà per l'adempimento delle funzioni di deputato;

4) La legge del 5 luglio 1882 stabilì una categoria particolare di incompatibilità politico-amministrative. I casi previsti son due: uno di semplice incompatibilità, ed è quando un sindaco o deputato provinciale sia eletto deputato: egli deve, fra otto giorni dalla convalidazione dell'elezione, dichiarare quale dei due uffici preferisce di conservare, dimettendosi dall'altro (art. 2). Ma se il sindaco o il deputato provinciale è eletto nel collegio nel quale esercita le sue funzioni amministrative, l'elezione è *nulla:* qui, dunque, si tratta non solo di incompatibilità, ma di vera ineleggibilità, motivata dal timore che la influenza dell'ufficio amministrativo sia malamente usata a fini elettorali;

---

[1] Confr. i precedenti in MANCINI e GALEOTTI, *Norme ed usi del Parlamento italiano,* § 36.

5) Un' altra ragione di incompatibilità, che produce altresì ineleggibilità, è quella prevista dagli articoli 3 e 4 della legge del 13 maggio 1877. Essa deriva dalla possibilità di un conflitto tra gli interessi *personali* del deputato o di un ente morale che il deputato rappresenti con gli interessi generali dello Stato, e ciò quando l' uno o l' altro abbiano vincoli che interessano le pubbliche finanze.

159. — Verrebbe finalmente, connesso con quanto si è detto, l'argomento delle *incompatibilità parlamentari*, in senso proprio, del quale però, per la sua autonomia ed ampiezza, è meglio occuparcene separatamente.

160. — Il concetto generale di tali incompatibilità sta in ciò che non si possa contemporaneamente essere deputato e *funzionario pubblico:* la ragione ne è poi complessa. In primo luogo, si può ritenere la pura e semplice non compatibilità *materiale* di tali uffici: la funzione di deputato, adempiuta con quella coscienza con cui si deve, basta ad impiegare tutta l' attività di un uomo, sicchè non si può essere buon deputato senza essere cattivo funzionario, e viceversa. In secondo luogo, difficile è la situazione del funzionario di fronte ai capi del potere esecutivo, e tale che può temersi non venga meno quella necessaria *libertà* nell' esercizio del proprio mandato: se il deputato è contrario al ministro, a parte i timori di un danno per la propria carriera, lo spettacolo dell' inferiore che critica acerbamente il suo capo supremo non conferisce certo forza e dignità all' amministrazione; se è favorevole, sarà difficile eliminare il sospetto che ciò sia per secondi fini personali di timore o speranza: ed in politica, ed in così delicato argomento, bisogna impedire non solo ciò che *è,* ma anche ciò che *pare.* Non sembra quindi, in conformità a questi principii, che sia da lodare quel *primo tipo* di legislazione che non appone alcun limite all' eleggibilità

dei funzionari, come avviene nell'Impero germanico, nell'austriaco, e nella Danimarca.

161. — Ma d'altra parte neppure è da accettare quel *secondo tipo* di legislazioni, che, traendo troppo rigidamente le conseguenze da quelle premesse, esclude dall'assemblea elettiva tutti i pubblici funzionari, e, in alcuna di esse, persino i ministri, come il Belgio, l'Olanda, la Svizzera, l'America e l'Inghilterra in un breve momento della sua storia parlamentare. L'esclusione assoluta produce danni diversi: limita in primo luogo eccessivamente la libertà di scelta di quei corpi elettorali che avessero fiducia in alcun funzionario; in secondo luogo, ed è questo un danno anche maggiore, priva la Camera di *competenze speciali*, le quali forse non potrebbero essere altrimenti affatto rappresentate, o, almeno, lo sarebbero insufficientemente. D'altra parte, le ragioni esposte nel numero precedente non inducono tanto l'esclusione assoluta, quanto l'introduzione di limiti, così per quanto riguarda il *numero*, come la *qualità* dei funzionari eleggibili. Non è difatti grave danno se un numero relativamente minimo di funzionari dello Stato è distolto dalle sue occupazioni per adempiere ad un mandato legislativo, e, dall'altro lato, quanto più elevato è il grado che il deputato-funzionario riveste, tanta minore importanza avrà il fatto che egli censuri l'operato del ministro e di gran lunga minore sarà il sospetto sull'imparzialità sua.

162. — Preferibile è dunque un *terzo tipo* di legislazione, medio tra quei due estremi, per il quale la incompatibilità è la regola, salve però delle eccezioni, per determinate *categorie* e per un *numero* determinato di funzionari. Questo sistema, adottato dall'Inghilterra e dalla Francia, è naturalmente attuabile con una maggiore o minore larghezza che lo avvicina di più all'uno o all'altro di quei due tipi estremi. Di gran

lunga più largo era il sistema italiano (art. 97 e segg., legge el. 1860) anteriormente alla legge del 13 maggio 1877, modificata dalle successive leggi, la quale per ora è la fonte principale del nostro ordinamento positivo sulla materia.

163. — Sta innanzi tutto il principio generale che tutti i funzionari dello Stato,[1] retribuiti, sono ineleggibili per incompatibilità. La compatibilità è dunque l'*eccezione*, e, come si è detto, essa è introdotta in primo luogo a favore di certe *categorie*, cioè: *a*) ministri e segretari generali (sotto-segretari di Stato in seguito alla legge recente); *b*) membri del Consiglio di Stato; *c*) delle Corti di Cassazione; *d*) delle Corti di Appello (non eleggibili nel luogo di loro giurisdizione); *e*) ufficiali generali e superiori di terra e di mare (non eleggibili nel territorio dove esercitano il comando); *f*) membri dei Consigli superiori amministrativi; *g*) professori ordinari delle università.[2] Si aggiungono poi altri limiti. In primo luogo, il *numero*: i funzionari eleggibili non possono superare il numero di 40, nel quale però non si computano i ministri e i sotto-segretari di Stato. Gli impiegati poi delle categorie *c*) e *d*) (magistrati) non possono essere più di 10; così pure per i professori ordinari (categoria *g*); art. 6). In secondo luogo, il *divieto della nomina di un deputato ad alcun ufficio retribuito*, sia pure fra quelli compatibili, incorrendo, in quest'ultimo caso, il deputato nell'obbligo della *rielezione*, tranne che si tratti di missione all'estero, e tranne la nomina a ministro o sotto-segretario di Stato

---

[1] Si assimilano agli impiegati dello Stato anche tutti coloro « retribuiti sui bilanci delle società ed imprese industriali e commerciali sussidiate dallo Stato. » Confr. art. 3 della legge cit.

[2] Art. 1, legge cit. — Avvertiamo che per amor di brevità le categorie sono enunciate in maniera generale. Per i particolari rinviamo alla legge.

(senza obbligo di rielezione, art. 7). In terzo luogo finalmente, i deputati-funzionari non possono essere promossi di grado che solo per *anzianità*, ed anche in questo caso sono soggetti a rielezione (art. 7 cit.).

164. — Se ad una critica si volessero sottoporre i criteri cui la nostra legge si informa, si potrebbe trovare che essa pecca piuttosto nel senso del rigore. Non si comprende, soprattutto, il limite speciale del numero per talune categorie. La coscienza pubblica ha difatti reagito in modo indiretto ma significativo contro cotesti vincoli eccessivi, e nelle varie elezioni generali il numero dei funzionari eletti, per certe categorie specialmente, supera in modo considerevole il numero prefisso.

Capitolo VIII.

Verifica delle elezioni.

165. — La sanzione suprema, comune a tutte le disposizioni che riguardano la regolarità delle elezioni e i criteri diversi di eleggibilità e di compatibilità, risiede nella *verifica dell'elezione*. Qui trova luogo il principio svoltosi nella storia della costituzione inglese ed accolto in generale dalle costituzioni moderne, la nostra compresa (art. 60 dello Stat.), e per il quale *ogni assemblea ha essa sola il diritto di verificare i titoli di ammissione dei propri membri*. Giuridicamente quindi, questa facoltà di giudicare sulla piena legittimità dell'elezione compete alla Camera stessa. Tuttavia, diverse ragioni di ordine politico han fatto dubitare della convenienza del principio medesimo. È naturale che un'assemblea non sia in genere molto adatta ad un minuto esame di fatto e a quel confronto delicato col diritto, onde un giudizio consta; dall'altro lato, avviene pur troppo che

le maggioranze, anche in buona fede, tendono ad esorbitare in indulgenza per le elezioni favorevoli al proprio partito ed in severità per quelle contrarie. Compresa dalla necessità di ottenere maggiori garanzie d'imparzialità e di giustizia, la Camera dei Comuni inglese fin dal 1868 si spogliò spontaneamente della pericolosa attribuzione, affidando il giudizio sulle elezioni contestate al supremo magistrato dell'ordine giudiziario, pur ritenendo per sè il diritto formale dell'annullamento o della convalidazione, conformi però nel fatto sempre al parere del giudice.

166. — In Italia, si è avuta una certa coscienza di questi bisogni, introducendo una forma speciale di esame, e non già quella comune ad ogni deliberazione della Camera (nº 199). Così, in seguito al regolamento del 1868, l'esame delle elezioni vien fatto da una *giunta permanente* per tutta la sessione, eletta dal presidente, appunto per escludere il carattere partigiano proprio delle commissioni scelte per votazione. Questa giunta procede con l'osservanza delle forme procedurali che nei giudizi ordinari sono garanzia di maturità e d'imparzialità, secondo un apposito *regolamento interno* (pubblicità delle sedute, diritto dell'eletto e degli autori della protesta di difendere le proprie ragioni, direttamente o per mezzo di rappresentanti, esame di testimoni ec.). Il giudizio definitivo è però sempre rimesso alla Camera, malgrado l'opinione contraria di diversi uomini politici che vorrebbero dare alla giunta l'importanza e l'indipendenza di un vero magistrato. Meglio sarebbe imitare senz'altro l'esempio inglese che ha dato ottimi risultati.[1]

[1] Confr. LUZZATTI, *Il giudizio sulle elezioni contestate in Inghilterra e in Italia,* nella *Nuova Antologia,* 2ª S., XXXVI, p. 365, e GRIPPO, *Verificazione dei poteri nella Camera dei deputati,* nel *Filangeri,* anno VI, pag. 163 e segg.

Libro Quarto.

POTERE LEGISLATIVO.

2) ORGANI E FUNZIONI.

Capitolo I.

La funzione legislativa in generale.

§ 1. — *La legge come sanzione del Diritto.*

167. — Caratteristica di uno Stato, che sia appena uscito dalle forme rudimentali della civiltà, è la cura di dichiarare solennemente il Diritto, e di imporne così l'osservanza. Una tale manifestazione sovrana costituisce l'*atto legislativo,* la *legge,* in cui si distinguono questi due momenti: 1° il *contenuto,* che è la dichiarazione del Diritto; 2° la *sanzione,* per cui i cittadini son tenuti a prestarvi obbedienza. In questo senso, l'antitesi di *legge* è *consuetudine,* nella quale in primo luogo la norma giuridica non è nè dichiarata, nè *direttamente* sancita dallo Stato, ma si fa valere per l'intima e propria virtù coattiva del Diritto. Più uno Stato progredisce, più la consuetudine va cedendo il posto alla dichiarazione cosciente della norma giuridica, sicchè può dirsi oggidì quasi nulla nella sfera del Diritto privato, quantunque sempre importante nella sfera del Diritto pubblico.

168. — In quanto lo Stato, adunque, stabilisce un nuovo Diritto (*nova iura condere*), esso adempie alla funzione legislativa. Solo nei tempi moderni, per altro, è prevalsa l'idea di stabilire un *organo appropriato* che sia anche la *fonte unica* del Diritto scritto. È noto come per Diritto romano le *fontes iuris* fossero molteplici, e persino le opinioni dei giuristi potessero aver forza di legge.[1] Nel medio evo, durante il dominio degli elementi germanici, il Diritto è *trovato,* caso per caso, dal giudice che ha, quindi, il potere di dichiararlo; onde per questo lato può dirsi che partecipasse al potere legislativo, nel senso che oggidì vi si dà.

169. — Nello Stato costituzionale moderno e più particolarmente nelle costituzioni parlamentari, la dichiarazione di una norma giuridica promana dall'approvazione delle Camere rappresentative e dalla sanzione del Capo dello Stato (art. 3 dello Stat. it.): ciò costituisce, dunque, la funzione legislativa in senso stretto. Tuttavia, malgrado che al volgo apparisca il contrario, pure una tale concentrazione di potere non influisce per nulla sull'essenziale portata di esso, la quale non è di *creare* ma di *riconoscere* il Diritto. Postulato fondamentale della scienza odierna è che il Diritto è manifestazione naturale e necessaria, così nelle sue origini che nel suo sviluppo, della vita di un popolo, come la lingua, come il pensiero, come l'indole generale di esso. Dalla coscienza popolare in cui il Diritto immediatamente riposa, esso si trasfonde e si elabora nella *scienza giuridica* sin che riceve la sanzione solenne dall'autorità dello Stato, e diventa *legge.*[2]

170. — A questi concetti risponde una distinzione ab-

---

[1] « Ius autem civile est quod ex legibus, plebis scitis, Senatusconsultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit. » L. 7 pr. D. 1, 1. — Confr. i miei *Studi giur. sul Gov. Parl.,* pag. 48.

[2] Confr. su tutto ciò il § 6 dei cit. *Studi giur. sul Gov. Parl.*

bastanza nota nelle scuole e a cui abbiamo accennato; quella fra *contenuto* e *sanzione* della legge. Quel primo momento corrisponde a tutto il lungo stadio della gestazione del principio giuridico nella coscienza popolare, nello spirito pubblico, nel Diritto scientifico, nella discussione degli uomini competenti: in fondo, dunque, il potere legislativo non fa che adottare il lavoro altrui. Invece il poter dare a quel principio il carattere solenne di una volontà espressa dallo Stato (sanzione) è davvero la caratteristica propria del potere legislativo, la specialità del suo intervento, ma, come ognun vede, quasi del tutto *formale*. Sono dunque mutate soltanto le apparenze, ma la sostanza non è diversa da quando, in rapporto all' esercizio del potere legislativo propriamente detto, il Parlamento inglese si limitava ad ascoltare la lettura delle disposizioni novelle.

§ 2. — *Delegabilità, limiti del potere legislativo.*

171. — L'applicazione dei principii che sopra abbiamo fermati, renderà agevole la risoluzione di talune quistioni alquanto controverse. La prima è se il potere legislativo possa delegare ad altro potere, e in particolare all' esecutivo, l' esercizio delle sue funzioni, e ciò a titolo eccezionale, cioè o per un periodo transitorio o per una materia speciale. La pratica ne offre esempi parecchi, ma la giurisprudenza ha esitato di riconoscervi una base giuridica.[1] Pare che il silenzio dello Statuto in fatto di delegazione, mentre invece dichiara espres-

[1] Negarono che la delegazione fosse costituzionale le Corti di Appello di Genova, 14 luglio 1856, e di Casale, 28 giugno 1857 (Bettini, *Giurispr.*, an. 1857, p. I, col. 9-35). La giurisprudenza contraria però è prevalsa: si veggano fra le molte sentenze, Cass. Torino, 24 gennaio 1868, *Annali di Giur.*, II, 1, 20; Cass. Napoli, 22 ottobre 1869, *Ib.*, III, 1, 411; Cass. Firenze, 1° marzo 1876, *Giurisprudenza Tor.*, XIII, 343.

samente che i poteri sono *distinti,* includa il divieto di una tale trasposizione. Il che astrattamente sarebbe vero, se non si tenesse presente la distinzione che abbiamo fatto tra *contenuto* e *sanzione* di una legge e come la vera portata della potestà legislativa consista nell'impartire la sanzione. Ora, chi ben guardi, nel caso della delegazione, si trasporta bensì la determinazione del contenuto della disposizione da emanare, ma la *sanzione* vien sempre data dall'autorità legislativa, la quale fa come un privato che consegni altrui una carta in bianco con la sua firma, perchè la riempia con una obbligazione. Nulla osta dunque, in Diritto, alla possibilità di una delegazione: dal lato *pratico,* poi, o di mera convenienza, diremo che in certi casi il riferire altrui la determinazione del contenuto legislativo può essere assai utile e forse necessario (soprattutto quando si tratta di sistemare e coordinare le grandi codificazioni); in altri casi appare invece non lodevole, come quando o per debolezza o per negligenza si lascia al governo un pericoloso arbitrio di esercitare una coercizione qualsiasi su' cittadini.

172. — Una seconda quistione riguarda *il limite del potere legislativo.* Una falsa intelligenza della costituzione inglese scambiò il principio della così detta *onnipotenza parlamentare,* colà prevalente, con l'idea di un *potere assoluto* del Parlamento, e quest'idea si è conservata nelle scuole del liberalismo dottrinario che vedono nelle assemblee legislative la rappresentanza diretta della sovranità popolare. L'idea di un limite si è invece ricercata in una sfera estranea al diritto, cioè nella *ragione,* nella *giustizia,* nella *morale,* dottrine che noi, anche a parte del loro contenuto essenzialmente metafisico, non possiamo accettare, perchè tendono a confondere ordini distinti di scienze e in particolare l'elemento *etico* con l'elemento *giuridico.*

173. — La verità è che il potere legislativo, destinato a dichiarare il Diritto, ha implicito nel suo scopo medesimo il suo limite naturale, cioè il *Diritto*. Se non che, un tal limite non può avere una sanzione immediata nei rapporti del Diritto *costituzionale*, il quale muove da una presunzione assoluta, che quanto il potere legislativo dichiara è veramente il Diritto. La sanzione di quel limite deve piuttosto ritrovarsi in quella forza coattiva del Diritto che si fa valere al di sopra delle costituzioni vigenti ed indipendentemente da esse: per cui, quando il potere legislativo, venendo meno al suo fine, consacra non il diritto ma l'arbitrio, si verifica presto o tardi una reazione che ristabilisce l'ordine turbato, o per vie pacifiche o per vie violenti; nei casi più gravi per mezzo di rivolgimenti terribili (confr. nº 425). L'unico limite *costituzionale* si è da certe scuole voluto riscontrare in rapporto a certe leggi per le quali il potere legislativo ordinario non sarebbe più competente: grave quistione che avendo oramai una propria autonomia scientifica, merita una trattazione speciale.

§ 3. — *Potere legislativo e potere costituente.*[1]

174. — Occorre appena avvertire che la quistione sui limiti del potere legislativo ordinario rapporto alle leggi costituzionali può avere una soluzione positiva *diretta* che, naturalmente, tronchi ogni dubbio, sia accordando, sia rifiutando espressamente una tale facoltà, e ne vedremo appresso degli esempi. Ciò, per altro, non rende inutile dal punto di vista scientifico l'esame della quistione in rapporto al Diritto costituzionale moderno: esame che ha un'importanza di tanto maggiore per noi, in quanto il nostro Diritto positivo manca di una dispo-

[1] Confr. IONA, *La Riforma delle leggi costituzionali* (Torino, 1883).

sizione *testuale,* e bisogna riferirsi alla ricostruzione teoretica.

175. — Per riconoscere la necessità di un potere speciale nello Stato, è d'uopo innanzi tutto di mostrare l'esistenza di una funzione speciale. Così, coloro che negano al potere legislativo ordinario la funzione *costituente* (che si dice poi *revisiva* quando si considera diretta alla semplice modificazione di una legge statutale), dovrebbero appunto cominciare col *determinare i criteri obiettivi che distinguono* una legge *costituzionale* da una legge *ordinaria.* Qui sta la vera difficoltà giuridica, secondo noi insormontabile. Si dichiarerà costituzionale tutto il Diritto pubblico? ma l'attività legislativa in rapporto al Diritto pubblico è *continua ed ordinaria,* sicchè anche in tal caso la funzione costituente dovrebbe essere *ordinaria,* cioè non avrebbe più ragion d'essere, poichè essa si afferma in antitesi appunto ad un potere legislativo ordinario.[1] Si dirà invece che legge costituzionale è quella che dà vita ai poteri sovrani, che contiene la caratteristica della forma di governo esistente, per cui una monarchia si differenzia da una repubblica, una forma libera da una forma dispotica? ma, in tal caso, un potere ipoteticamente capace di mutare la forma dello Stato sarebbe evidentemente al di fuori dello Stato medesimo: concetto inammissibile, come è inammissibile che una costituzione possa ammettere nel suo seno un potere capace di distruggerla. Esclusi questi due criteri, il più esteso ed il meno, quale sarà il punto intermedio che servirà a determinare la

[1] A nessuno, poi, è venuto in mente l'assurdo di far sussistere un potere ordinario per le leggi di Diritto privato ed un altro potere per quelle di Diritto pubblico. A parte molte altre obiezioni, è certo che in tal caso il lavoro legislativo sarebbe reso inattuabile. Confr. la mia *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà* (Torino, 1888), libro I, cap. II, § 2.

costituzionalità della legge? Nessun criterio giuridico ci si offre: nè pare che esso esista.

176. — In generale, i sostenitori della specialità di un potere costituente o revisivo ne attribuiscono l'attività alla *riforma di quelle leggi fondamentali* che gli Stati moderni si son dati, e dette ora *costituzioni*, ora *carte*, ora *statuti*. Ma questo criterio materiale non dà una soluzione *giuridica*. Prive di quell'elaborazione secolare ed organica, che permise una codificazione quasi perfetta del Diritto privato, le carte costituzionali moderne non si può dire che contengano in una organica fusione i principii più essenziali del Diritto pubblico: per citare un esempio tolto ai nostri ordini, la Camera italiana, che colla riforma elettorale potè quasi quadruplicare il numero degli elettori e potrebbe fare una legge sulla responsabilità ministeriale, non potrebbe sopprimere un ordine cavalleresco o esonerare la stampa dei libri liturgici dal permesso preventivo del vescovo, perchè queste materie, per un mero caso, si trovano regolate dallo Statuto!

177. — Si dirà che queste imperfezioni sono passeggere: ma intanto esse esistono ed hanno una ragion d'essere non accidentale, cioè la mancanza di una elaborazione organica. Ma ammettiamo pure in ipotesi la perfezione tecnica delle carte costituzionali: non sarà per questo men vero, che *esse non potranno mai comprendere tutta la parte più essenziale e vitale del Diritto pubblico di uno Stato*. E ciò per due ordini di ragioni. Uno è che molta parte, spesso importantissima, del pubblico Diritto sfugge per la sua indole propria ad una dichiarazione positiva; basti ricordare che il principio fondamentale del governo parlamentare, riguardante i rapporti fra la Corona, le Camere e il Gabinetto, non è stato scritto in alcuna legge; la costituzione inglese scritta non contiene nemmeno il riconosci-

mento giuridico del Gabinetto! L'altro è che i più gravi rapporti di Diritto pubblico possono sorgere nella vita di uno Stato senza che potenza di legislatore arrivi a prevederli e regolarli: supponete pure che il nostro Statuto fosse stato perfettamente redatto, esso non avrebbe mai potuto prevedere quel caso costituzionale gravissimo cui diede luogo la determinazione della sovranità del pontefice, a proposito della legge sulle guarentigie e che quindi sarebbe stato sempre risoluto dal potere legislativo ordinario.

178. — Bisogna dunque ritenere quel principio dà noi enunciato, per il quale nessuna caratteristica obiettiva giustifica giuridicamente l'esistenza di un'ipotetica categoria di leggi costituzionali. Ciò deve bastarci per respingere in teoria la distinzione di un potere costituente diverso dal legislativo: e prescindiamo pure dalle gravi ragioni di ordine politico che questa distinzione egualmente sconsigliano.

179. — E veniamo all'esame della quistione per diritto positivo italiano. Lo Statuto italiano tace sui modi della sua riforma. Bisogna questo silenzio interpretare come divieto, applicando il noto aforisma di ermeneutica legale: *ubi voluit lex dixit, ubi noluit tacuit?* Sarebbe un grave errore, perchè questa argomentazione è permessa quando la legge, nel dettare una disposizione sopra un argomento, con l'omettere una *regola particolare* mostrò di non volerla. Ma il silenzio assoluto intorno ad un intero argomento non può autorizzare l'applicazione di quella massima; è invece da ritenere che valgono su tal riguardo « i principii generali del diritto » (confr. art. 3 delle disposiz. prel. del Cod. Civ. it.). E se a questi « principii generali » si ha ricorso, si dovrà convenire che nessuno è più indiscusso e indiscutibile di questo: che le leggi sono per sè medesime modificabili col modificarsi del rapporto giuridico che esse regolano.

180. — Modificabile è quindi il nostro Statuto. Da qual potere? Non è certo lecito vagare alla ricerca di poteri ipotetici, ma rimanere entro i limiti di quei poteri che lo Statuto medesimo ordinò. Diremo quindi che la riforma della legge costituzionale deve farsi nel modo stesso col quale essa ebbe origine, cioè per via di regia concessione, accettata dai plebisciti? Ma il potere regio, che aveva questa facoltà, l'ha perduta nel fatto stesso che lo Statuto concedette: se il Re, da solo, non può fare una legge ordinaria, molto meno potrà fare una legge costituzionale. Quanto al Diritto plebiscitario, esso non costituisce un potere dello Stato; la sua portata, meramente eccezionale, si esaurì nel fatto della *costituzione di uno Stato novello*. Se un dubbio può conservarsi a tal riguardo, esso viene certamente eliminato da questa considerazione, che le popolazioni dello Stato subalpino, al quale fu originariamente concesso lo Statuto, non furono chiamate ad approvarlo; e, quanto alle altre regioni in seguito annesse, la formula del plebiscito si limitò alla dichiarazione di « volere far parte della monarchia costituzionale sotto la dinastia di Casa Savoia, » cioè, come si è detto, al fatto di *costituire lo Stato novello,* ma nè espressamente si approvò lo Statuto, nè fu in modo alcuno riservato il diritto di concorrere col voto popolare diretto alle particolari riforme di esso.

181. — Resta dunque il potere legislativo ordinario. E poichè sta nei principii generali che nessuna differenza obiettiva esiste fra leggi costituzionali e leggi ordinarie, poichè il nostro Diritto pubblico certamente questa differenza non introduce, bisogna necessariamente concludere che il nostro potere legislativo abbia facoltà di emanare qualsiasi legge, sia pure riformando lo Statuto. Questa è la soluzione *giuridica:* diversa è la quistione di *politica convenienza,* per la quale molti uomini di Stato italiani han creduto, e forse con ragione,

di non procedere leggermente nel por mano su quella legge fondamentale dello Stato recente, sorto da rivoluzioni, e di cui il più vitale bisogno, al quale ogni altra considerazione va subordinata, è di consolidarsi. Tuttavia, se non direttamente, certo indirettamente, la quistione è stata gravemente pregiudicata da vari atti parlamentari, sicchè può fondatamente asserirsi che la teorica nostra è confermata dalla *consuetudine parlamentare* italiana. Basteranno pochi esempi fra i più caratteristici. Prescindendo anche dal fatto che molteplici disposizioni dello Statuto sono state abrogate per *desuetudine,* certo è che con la legge sulle relazioni fra la Stato e la Chiesa il Parlamento italiano ordinò la nostra legislazione ecclesiastica in modo che il nostro Diritto pubblico non riconosce più una religione ufficiale, malgrado l'art. 1 dello Statuto (nº 383). Con l'art. 9, nº 1, del Cod. di Proc. Pen. fu autenticamente dichiarato che la competenza dell'alta Corte di giustizia per i reati di alto tradimento ed attentato alla sicurezza dello Stato è sussidiaria a quella del magistrato comune, ciò che l'art. 36 dello Statuto non diceva, e forse non permetteva (confr. nº 239). Con la legge del 30 dicembre 1882 sul giuramento politico dei deputati, fu, se non modificato, certo autenticamente interpretato l'art. 49 dello Statuto (confr. nº 157); ed è noto che l'interpretazione autentica è di quel potere che può fare la legge medesima che si interpreta (confr. art. 73, Stat.).

Capitolo II.

Esame della funzione legislativa rapporto alle leggi proprie ed improprie.

182. — L'esame della portata intrinseca della funzione legislativa dà luogo ad una teorica assai impor-

tante pel pieno intendimento dei rapporti tra i pubblici poteri nello Stato rappresentativo moderno. Scopo di questo studio è di ricercare l'intima essenza di questa funzione che presenta una formale semplicità, la quale ha impedito di valutare appieno la grande complessità dei rapporti che in essa si contengono. Ora noi dunque muoviamo a tale studio, e poichè, anche stando al senso etimologico della parola, la caratteristica propria del potere legislativo sarebbe di *far leggi,* quella valutazione intrinseca della funzione che noi ricerchiamo si riduce a determinare la portata della nozione *legge.*

183. — *Legge* ha un primo senso che può dirsi *costituzionale* o *formale.* Ogni provvedimento che sia stato approvato dalle due Camere e sanzionato dal Re, è *legge.* Questo senso prescinde completamente dal *contenuto* della legge medesima: tutto si riassume nella *forma.* Qui dunque, mentre noi ricerchiamo di qualificare il *potere* dalla *funzione,* troviamo invece che la funzione è qualificata dal potere che l'adempie.

184. — È necessario quindi per integrare il concetto della funzione non stare contenti a questo primo senso formale, ma procedere ad una determinazione del contenuto effettivo della funzione, e quindi contrapporre al senso formale e costituzionale di legge quello *essenziale* o *materiale* di essa, il quale, come è noto, e come fu da noi rilevato, consiste nella solenne dichiarazione, da parte dello Stato, di una norma giuridica. Vedremo fra non guari come, se qualche volta le due funzioni coincidono di maniera che una legge costituzionale abbia altresì un giuridico contenuto, non sempre però ciò avviene, ed un provvedimento, quantunque non tenda a regolare o a dichiarare alcun principio di diritto, deve certamente dirsi legge nel senso costituzionale della parola, appunto perchè approvato dalle due Camere e sanzionato dal Re. Per comodità di linguaggio chiameremo

proprie quelle leggi che hanno, oltre alla forma, un giuridico contenuto, *improprie* le altre.

185. — Varia è la intrinseca portata della funzione legislativa rispetto a queste due maniere di legge. In rapporto alle leggi proprie è indiscutibile che se contenuto essenziale della legge è la dichiarazione di una norma giuridica, la funzione legislativa sta in intima correlazione col formarsi, con lo svilupparsi, con l'estinguersi di tali rapporti. Ora, che il *Diritto* dipenda da una mera manifestazione di volontà, o sia di un uomo, o sia di un'assemblea, fu creduto, scambiando l'effetto visibile con la causa effettiva: ma oramai, dal punto di vista della scienza moderna tale questione non può nemmeno essere posta. Noi sappiamo che il Diritto è la manifestazione organica della vita dei popoli: vigorosamente improntato ai bisogni, all'indole, alla storia di quelli (confr. nº 169). Segue da ciò chiaramente che il legislatore *trova,* non *crea* il Diritto. Non è qui il luogo di studiare il complicato procedimento per cui il Diritto, dallo stato incerto e rudimentale si trasforma in nozione riflessa e quindi in legge. Ci basta aver messo in chiaro che il lato essenziale della funzione legislativa, in senso proprio, cioè il contenuto della legge medesima, non è opera di alcuna assemblea nè di alcun altro potere costituzionale. Il cómpito che nel fatto l'assemblea rappresentativa può a tale riguardo adempiere è certamente grave e delicatissimo: da un lato essa agisce come organo dello spirito pubblico, al fine di avvertire le mutazioni che nella coscienza giuridica di un popolo sono avvenute e che dan luogo ad una correlativa mutazione del Diritto, e dall'altro lato di dare alla nuova norma che si proclama, quella *forma* esterna, che tanto influisce sulla sostanza di essa. Questo e non altro è il cómpito in cui si estrinseca la funzione legislativa e il dichiararlo e il tenérlo bene pré-

sente ha una grande importanza in quanto l'illusione di credere che il potere legislativo sia l'organo che crea il Diritto è stata la principale ragione per cui le assemblee da un lato e gli scrittori dall'altro si sono formato un concetto falso ed esorbitante dell'autorità di quello nel quale fu riconosciuto il potere *assoluto* dello Stato.[1]

186. — Ma in rapporto alle leggi che chiamammo improprie, quale sarà, invece, l'indole della funzione che le Camere rappresentative esercitano? Procedendo per esclusione, diremo che poichè una tale funzione, se alla sostanza si voglia avere riguardo, non è nè può dirsi legislativa, se certamente non è giudiziaria, non resta che ritenere che essa appartenga alla terza gran distinzione dell'attività dello Stato, cioè alla funzione esecutiva. L'errore comune, che ha impedito sinora il riconoscimento di una verità così obiettiva, sta principalmente in ciò, di avere da un lato scambiato la forma con la sostanza, e dall'altro lato di avere sostituito a quel senso proprio della nozione di legge e che ha riguardo al contenuto giuridico di essa, l'opinione che fosse legge la dichiarazione di una norma *generale* della volontà dello Stato. Quest'opinione, anche se vera, limiterebbe la estensione della teorica nostra senza per altro escluderla: dappoichè noi possiamo citare nel Diritto pubblico di tutti gli Stati costituzionali, leggi che non solo non hanno per contenuto una norma giuridica, ma nemmeno un provvedimento *generale:* per esempio la concessione della così detta grande naturalizzazione, la concessione di particolari pensioni privilegiate, l'assegnazione degli appannaggi ai principi di casa reale, ec.: atti tutti, i quali certamente non sono provvedimenti di indole generale, ma particolare, anzi personale. Chè del resto la superiore opinione non può in sè stessa sem-

[1] Confr. *Studi giuridici* cit., pag. 31 e segg. Confr. pure sopra nº 89.

brare accettabile; dappoichè se si vuole che ogni norma *generale* sia legge e debba perciò procedere dall' autorità legislativa, si verrebbe a togliere al potere esecutivo una facoltà che tutti gli scrittori riconoscono essenziale ad esso. Nella sfera delle proprie attribuzioni, l' autorità amministrativa ha, senza dubbio, il diritto di emanare norme *generali* (diritto di ordinanza, *Verordnungsrecht*), senza di che essa si ridurrebbe all' ufficio subalterno di un esecutore materiale di ordini ricevuti (confr. libro V, cap. III).

187. — Fermato questo punto, giuridicamente essenziale e che determina quale è effettivamente la funzione che la Camera esercita in rapporto alle leggi improprie, si può domandare per quale causa di queste funzioni si è appropriato un potere, il quale, stando alla sua ragione originaria, parrebbe che dovesse limitarsi solo alla funzione legislativa in senso proprio. Questa ricerca che ha una grande importanza, poichè si tratta di sapere se questo *fatto* risponda al *Diritto* o se contenga invece una usurpazione, questa ricerca si connette coi principii storicamente ed attualmente essenziali alla forma rappresentativa. Anzi, se si voglia avere principalmente riguardo all' origine storica dei poteri delle assemblee rappresentative, si troverà che la loro importanza si affermò prima di fronte a quest' ordine di leggi, che chiamammo improprie, e posteriormente e subordinatamente in rapporto alle leggi proprie.[1] È noto come le prime rappresentanze ebbero per fine principalissimo il concedere o negare i fondi che la Corona domandava per sopperire ai bisogni economici dello Stato, e questo carattere è stato dallo sviluppo posteriore di quella forma di governo mantenuto e confermato; e nessuno tra gli scrittori moderni ha

[1] Confr. *Studi giuridici*, pag. 47 e segg.

mai pensato che esso non sia conforme al Diritto. Ora, chi ben guardi, in quel principio si contiene necessariamente l'ingerenza delle Camere rappresentative, nella sfera di quelle attribuzioni, che noi abbiam detto essere proprie della funzione esecutiva. Lasciamo stare anche la questione se una legge di finanza, che imponga un onere sul cittadino, abbia o pur no un contenuto giuridico,[1] ma, ritenuta pure l'affermativa, è certo che il diritto di sorveglianza finanziaria, che alle Camere spetta come naturale conseguenza di quella facoltà primordiale, importa necessariamente l'ingerirsi di esse in tutti quei provvedimenti, che implichino un onere del bilancio, e quindi un impiego delle contribuzioni dei cittadini. Questa è la ragione principalissima per la quale tutti quei provvedimenti del potere esecutivo, che hanno conseguenze finanziarie, uopo è che siano sottoposti all'approvazione delle Camere, le quali nell'accordarli si servono di quella forma legislativa, che ha potuto produrre un equivoco circa la portata essenziale della loro funzione, in rapporto a questa materia.

Capitolo III.

Particolari sull'esercizio della funzione legislativa.

188. — I. *Periodi del lavoro legislativo.* — Si distinguono la *legislatura,* la *sessione,* l'*aggiornamento.* Tuttavia per quanto è al lavoro legislativo, le due prime maniere di interruzione non differiscono nelle loro conseguenze, dappoichè così per la fine della legislatura che per la fine della sessione, *tutto* il lavoro legisla-

[1] Ne abbiamo sostenuto la negativa nei nostri *Studi giuridici* cit., pag. 37 e segg. Confr. Ugo, *Sulle leggi incostituzionali* (Macerata, 1887), pag. 182 e segg.

tivo ne resta interrotto, tanto per la Camera dei deputati, quanto per quella dei senatori (art. 48, Stat. it.).

189. — Il principio di una nuova legislatura è segnato dalle *elezioni generali* della Camera dei deputati, quindi, astrattamente, la fine di essa dovrebbe dipendere o da un anticipato scioglimento delle Camere in virtù della regia prerogativa (art. 9, Stat.), o dallo spirare del termine naturale di essa che in Italia è di cinque anni (art. 42, Stat.). Tuttavia la pratica parlamentare, presso noi prevalsa, non ha mai aspettato questo esaurimento spontaneo di uno dei poteri supremi dello Stato, ed ha posto fine, per via di uno scioglimento, alle legislature la cui durata si avvicinava al quinquennio.

190. — La legislatura si divide in sessioni. L'effetto della *chiusura* di una sessione è che tutti i lavori legislativi si arrestano, tutti i progetti di legge debbono essere ripresentati, e diventano ripresentabili i progetti che fossero stati per avventura respinti in qualche sessione precedente da uno dei tre poteri legislativi (art. 56, Stat.) e, in generale, tutti gli uffici parlamentari cessano di pieno diritto.

191. — Così lo scioglimento della Camera dei deputati come la convocazione dei collegi per le nuove elezioni, così la chiusura come l'apertura di una sessione si fanno per decreto reale, o, in altri termini, costituiscono un diritto dipendente dalla regia prerogativa. Tuttavia sarebbe un errore credere che questa prerogativa competa al Sovrano come capo del potere esecutivo: essa è invece un'attuazione particolare della partecipazione del Re al potere legislativo (*King in Parliament*). L'aggiornamento, invece, può esser fatto anche dalla Camera medesima, e non ha altro effetto che di sospendere il lavoro legislativo.

192. — II. *L'ufficio di presidenza.* — L'Assemblea

legislativa forma un tutto organico, unità che trova la sua espressione esterna nell' ufficio destinato a dirigerla e soprattutto nel presidente. L' ufficio di presidenza (*Seggio della Camera,* capo II, Regol. 1868) è composto dal presidente, da quattro vicepresidenti (che lo sostituiscono al bisogno), da otto segretari che sovraintendono alla redazione dei processi verbali, aiutano il presidente nel regolare le votazioni, danno autenticità alle deliberazioni diverse della Camera (art. 9, Regol. cit.), e da due questori (sovraintendono al cerimoniale, alla polizia, ai servizi diversi ed all' economia interna, art. 10). Secondo il sistema italiano, questi uffici sono elettivi (art. 43, Stat.), per mezzo di una votazione a squittinio segreto, e durano per tutta una sessione: il seggio *provvisorio* che presiede a questa votazione è costituito da uno dei vicepresidenti e da sei segretari della sessione precedente.

193. — Importante e delicato è sovrattutto l' ufficio del presidente. Da lui dipende il buon andamento delle discussioni, la sorveglianza suprema sui lavori della Camera, l' ordine e la proclamazione delle votazioni: esso è inoltre, al bisogno, « l' oratore della Camera » (art. 8, Reg. cit.). Corretta è quindi la consuetudine inglese che fa del presidente dei Comuni (*Speaker*) una specie di funzionario nel fatto inamovibile: la consuetudine parlamentare italiana va man mano togliendo all' elezione del presidente quel carattere partigiano che ebbe nei primi tempi.

194. — III. *Regolamento interno.* — È principio fondamentale comune a tutti i governi rappresentativi il lasciare le assemblee perfettamente autonome per quanto riguarda il modo di regolare l' esercizio delle loro funzioni (art. 61 dello Stat.). In attuazione di questo principio, le nostre Camere hanno adottato un regolamento generale: quello della Camera dei deputati è del 24 no-

vembre 1868, più volte però modificato in qualche sua parte (gravi sono poi le recentissime modificazioni del 10 maggio 1888): vi sono poi regolamenti *speciali* relativi a particolari funzioni, per esempio, il regolamento giudiziario del Senato e quello della giunta permanente della Camera dei deputati per la verifica delle elezioni.

195. — IV. *Numero legale.* — Al fine di impedire deliberazioni di sorpresa o immature provvedono parecchi altri congegni del meccanismo parlamentare (fra cui soprattutto il così detto *ordine del giorno* che designa preventivamente le materie da trattare nella seduta; ordine improrogabile, salvo deliberazione della Camera con maggioranza di tre quarti, art. 21, Reg.): ma, oltre a tutto ciò, tutte le costituzioni vogliono per la validità delle deliberazioni della Camera la presenza di un certo numero di membri (*numero legale*, *quorum* in Inghilterra). L'art. 53 dello Stat. prescrive sul riguardo che « le sedute e le deliberazioni delle Camere non sono legali nè valide, se la *maggiorità assoluta* dei loro membri non è presente. » Questa proporzione è così eccessiva (in Inghilterra basta il numero di 40 membri), che, se la si volesse osservare, il lavoro legislativo sarebbe reso quasi impossibile; si è quindi avuto ricorso a un duplice temperamento, forzando la portata di quella disposizione. In primo luogo si sono esclusi dal computo che serve di base alla valutazione i membri *assenti per regolare congedo* (art. 25, Reg. della C. D.): in secondo luogo, si è stabilita la *finzione* che il numero legale vi sia sempre, salvo che la presidenza non creda di rilevarlo o che dieci deputati almeno (art. 45, Reg. cit.) domandino che si verifichi. Naturalmente, quest' ultima finzione non soccorre più quando si tratta di votazioni che implicano necessariamente la dichiarazione del numero dei membri che vi prese parte.

196. — V. *Diritto di iniziativa.* — Consiste nella fa-

coltà concessa ad uno dei membri delle Camere di proporre un disegno di legge. L' iniziativa spetta innanzi tutto alla Corona che l' esercita per mezzo del Gabinetto il quale è preposto al potere esecutivo. Certo, è questo il modo *ordinario* di iniziativa, dappoichè infatti questo potere è nelle condizioni più idonee per valutare la convenienza ed il modo di una riforma, sicchè in certo senso può dirsi che l' iniziativa nei capi del potere esecutivo costituisca non solo un diritto, ma anzi un dovere. Si è invece dubitato se l' iniziativa dovesse concedersi ai membri delle assemblee medesime e qualche costituzione l' ha negata. Questa restrizione non riesce giustificabile, stando ai principii. Uno dei cómpiti di più grave momento alle Camere affidato è di essere organi della pubblica opinione: è anzi questo il modo onde *giuridicamente* la pubblica opinione si manifesta; è anzi questa una delle caratteristiche più salienti della forma rappresentativa. Togliere alle assemblee il diritto di iniziativa equivale a sopprimere il modo migliore e più diretto onde attuare quel cómpito. Secondariamente poi, il diritto di iniziativa può apparire come un' esplicazione naturale e necessaria del diritto di *emendamento*: poichè, se si vuol essere rigorosi, ogni emendamento implica una iniziativa. Se si toglie alla Camera anche il diritto di emendare le leggi, davvero che l' autorità di essa resta quasi annullata, ed il lavoro legislativo perde ogni serietà: se lo si concede, togliendo intanto l' iniziativa, si cadrà in una contraddizione che praticamente sarà feconda di inconvenienti, dovendo, per ogni emendamento, istituirsi il difficile esame, se esso implichi iniziativa. Il nostro Statuto (art. 10) concede l' iniziativa alle due Camere, con una larghezza eguale a quella della Corona, salvo un limite che riguarda l' iniziativa del Senato in materia di tributi, di cui sarà detto appresso (n° 232 e segg.).

197. — VI. *Metodo di esame e di discussione.* — Un buon metodo di esame legislativo deve, astrattamente, poter raggiungere questi due scopi: la *maturità* delle deliberazioni, e quella relativa *celerità* che impedisce l'eterno ed infecondo accumularsi di vari progetti, sinchè una proroga di sessione o la fine della legislatura non renda inutile il lavoro già fatto. Dall'altro lato, il modo di prendere in esame e di discutere una legge si presta ad una distinzione in due momenti: il primo relativo all'opportunità *generica* del progetto e dei criteri fondamentali cui esso si informa, il secondo all'esame *particolare* e *tecnico* delle disposizioni diverse, della loro convenienza, della loro coerenza, della loro redazione e simili.

198. — La differenza essenziale fra i due metodi che attualmente prevalgono nella pratica parlamentare riguarda principalmente questo secondo momento, dell'esame particolare della legge. Il sistema inglese del *Comitato generale* o *privato* (detto anche delle *tre letture,* ma questo non ne sarebbe il tratto caratteristico) ad un esame *generale* della legge fa seguire la costituzione della Camera in *comitato generale,*[1] dove le regole di una discussione solenne vengon meno per dar luogo ad una controversia privata, intervenendovi quei soli membri che di un tale esame tecnico si compiacciano. Superato questo stadio degli *emendamenti,* viene la legge finalmente votata nella sua forma definitiva. Col sistema francese degli *uffici,* invece, i membri della Camera vengono distribuiti, in seguito a sorteggiamento (in Italia, bimensile) in un certo numero di *uffici* (nove presso la nostra Camera dei deputati, cinque presso il Senato), i quali esaminano prima, uno

[1] Per i *bills* di minore importanza questo ufficio si esercita invece da comitati speciali.

ad uno, la legge, e nominano un *commissario.* I commissari eletti dagli uffici formano poi l'*ufficio centrale* che torna a discutere la legge, e nomina un altro membro che scrive e presenta la *relazione.* Allora comincia la discussione vera dinanzi la Camera: prima la discussione *generale* sulla opportunità della legge, sui criteri fondamentali di essa; discussione che ha termine con la votazione di un *ordine del giorno* che decide se si debba o pur no procedere alla *discussione degli articoli.* Nel caso affermativo, comincia questa seconda parte che si riferisce all' esame *tecnico e speciale* della legge, la quale, finalmente, è votata per *scrutinio segreto.*

199. — Il sistema delle tre letture appare preferibile a quello degli uffici:

1) In rapporto alla *celerità* e *semplicità.* Lo stadio preparativo che si svolge negli uffici e finisce colla relazione (stadio ben lungo, anche ammessa quella diligenza negli on. membri che non di rado manca), non fa poi, in fondo, procedere di un passo solo il lavoro legislativo, e di tutto questo spreco ingente di tempo e di forze si può dire che la discussione che si fa dinanzi alla Camera ne prescinda affatto;

2) In rapporto alla *buona redazione* delle leggi. Allo stadio dell' esame *tecnico,* il sistema italiano fa rispondere due momenti: gli studi dell' ufficio centrale e la discussione degli articoli, dinanzi la Camera; il sistema inglese uno solo, cioè la discussione in comitato. In questo caso, può dirsi che le *commissioni* colà si formano *spontaneamente,* comprendendo tutti i membri che sono specialmente versati nella materia cui la legge si riferisce. Col sistema degli uffici, le competenze speciali sono invece distribuite col criterio non intelligente dell' estrazione a sorte che può concentrarle tutte in un ufficio, lasciando gli altri incompetenti; e la commissione si forma col criterio dell' elezione anch' esso

non illuminato perchè, il più delle volte, partigiano. Questo sistema degli uffici è tuttavia durato lungamente in Italia, quantunque la nostra Camera abbia dimostrato di sentire la insufficienza di esso derogandovi appunto a proposito di materie di importanza maggiore. Così non col sistema degli uffici ma per nomina diretta o del presidente o della Camera sono scelte le *commissioni permanenti* per la verifica delle elezioni, per l' esame delle petizioni e, importantissima fra tutte, quella del bilancio. Così pure non col sistema degli uffici ma per mezzo di *commissioni speciali* elette dalla Camera si esaminano certi progetti di legge per cui è maggiormente richiesta una particolare ed elevata competenza: così è avvenuto per le grandi codificazioni del diritto privato o penale.

200. — D' altra parte, una riforma nel senso inglese troverebbe un grande ostacolo nell' attuazione, per causa di certe nostre abitudini parlamentari, difficilmente superabili, per le quali da un lato una seduta della Camera non si concepisce priva di certa solennità appariscente, la quale appunto manca nella costituzione del comitato generale; e dall' altro lato, lo spirito di parte, poco disciplinato fra noi, tenterebbe sorprese anche in seno al Comitato generale (le cui determinazioni sono in un certo senso definitive), e lo tramuterebbe non di rado in una vera seduta solenne, falsandone l' indole e turbandone l' azione. Più pratico è quindi sperare che si proceda nella via dell' eclettismo, temperando il sistema degli uffici con le eccezioni delle commissioni permanenti e speciali.[1]

[1] Questa parte del nostro lavoro era già compiuta quando vennero alla luce le modificazioni approvate nella tornata del 10 maggio 1888, per cui come sistema di esame legislativo è stato accolto anche il provvedimento delle tre letture, mantenendo tuttavia anche quello degli uffici. La Camera, volta per volta, deciderà per ogni progetto

Capitolo IV.

Funzione ispettiva.

Interrogazione, interpellanza, inchiesta.

201. — Accanto alla funzione legislativa che abbiamo esaminata, le Camere adempiono ad un' altra funzione, la quale, comunque in modi diversi si manifesti, può tuttavia ridursi ad un concetto sintetico e chiamarla *funzione ispettiva*. Lo scopo di essa, così generalmente inteso, è l' esercizio di una sorveglianza continua ed attiva, da parte del Parlamento, sopra qualsiasi ramo della pubblica amministrazione, e la facoltà di esprimere qualsivoglia desiderio, dubbio o lagnanza, che un rappresentante crede di rivolgere ai capi del governo. Il fondamento giuridico di questa funzione delle Camere lo si ottiene facendo capo alla critica da noi fatta superiormente alla funzione legislativa. Abbiamo visto come, in rapporto alle così dette leggi improprie, il Parlamento partecipa, ed in modo elevatissimo, alla funzione esecutiva, e potrebbe in certo modo dirsi che nel più essendo compreso il meno, se un membro della Camera rappresentativa può in generale promuovere una nuova legge per soddisfare ad un bisogno che egli crede esistente o per riparare a qualche danno, *a fortiori* avrà egli il diritto di segnalare al governo quel bisogno o quel danno e di chiedere spiegazioni e far premure perchè siano presi gli opportuni provvedimenti. A questa ragione di indole più generale e giuridica un' altra se ne può aggiungere, e cioè che una delle caratteristiche della forma rappresentativa es-

---

di legge quale dei due procedimenti debba essere scelto. Come si vede, si inaugura così un periodo di transizione e di esperimento da cui sorgerà quale dei due tipi debba restare definitivamente adottato.

sendo la completa e piena pubblicità degli atti del governo (confr. nº 79, *d*)), uno dei migliori e più adeguati modi con cui questo fine può raggiungersi sta in questo diritto che ha ogni rappresentante del popolo di sottoporre ad una pubblica discussione gli argomenti che per avventura preoccupino e commuovano lo spirito pubblico.

202. — La funzione ispettiva si attua in primo luogo per mezzo della *interrogazione*. Nell'indole di questo diritto sta di ottenere, per mezzo di esso, da alcuno dei ministri una notizia che chiarisca qualche dubbio, o affermi le intenzioni del governo in rapporto a qualche quistione. L'esercizio di questo diritto dunque non solo non implica una discussione, ma anzi ne prescinde. Così nel Parlamento inglese le interrogazioni si svolgono in modo rapidissimo e, per ciò stesso, in quantità considerevole, sostituendo colà, come maniera di espressione delle intenzioni governative, il brutto vezzo invalso nel continente dei così detti giornali ufficiosi. In Italia invece raro è che l'interrogazione abbia per iscopo una pura e semplice informazione, e qualche volta cela invece una vera e propria discussione.

203. — A quest'ultimo fine è invece più propriamente rivolta la *interpellanza*, secondo modo con cui si attua la funzione ispettiva. Scopo di essa non è solamente di chiedere spiegazioni al ministro, ma altresì di sottoporre a discussione l'operato di esso, qualora l'interpellante non si dichiari soddisfatto (art. 71 del Reg. della C. d. D.) e di provocare il giudizio della Camera per mezzo di una risoluzione (*ordine del giorno*) che l'approvi o lo censuri. Come limite di questo diritto si concede al ministro la facoltà di non accettare l'interpellanza e di non rispondervi; naturalmente però il rifiuto del ministro, quando sembri alla Camera ingiustificato, potrebbe per sè stesso essere un motivo di censura. Le risolu-

zioni che seguono le interpellanze hanno grave importanza nel meccanismo del governo parlamentare, poichè esse costituiscono uno dei mezzi principali con cui la Camera può affermare o negare la sua fiducia nel Gabinetto. Un voto di censura può quindi avere per effetto una crisi ministeriale (confr. n° 322).

204. — In terzo luogo finalmente la funzione ispettiva si attua per mezzo del *diritto di inchiesta.*[1] Esso non è in verità riconosciuto nè dallo Statuto, nè da alcun'altra fonte del nostro Diritto scritto. Tuttavia esso è stato ammesso da una costante consuetudine del nostro Parlamento: consuetudine che ha una base giuridica, essendo l'inchiesta compresa nella nozione generale della funzione ispettiva, e costituendo anzi una delle maniere principali con cui essa si esercita e trova in ciò la sua giustificazione. Per mezzo dell'inchiesta, il Parlamento si mette in condizione di assumere direttamente, e cioè per mezzo di una commissione composta di propri membri, quelle informazioni che crede opportune per un obietto determinato. A seconda che quest'obietto varia, si può istituire una distinzione fra le varie maniere di inchieste. Fra esse bisogna ricordare: 1) le *elettorali,* relative cioè all'accertamento di quei fatti, necessari per decidere della convalidazione o dell'annullamento di una elezione politica; 2) le *giudiziarie,* che han luogo in seguito alla dichiarazione per cui i ministri sono messi in stato di accusa e tendono a raccogliere prove e documenti per dare un fondamento all'accusa medesima; 3) le inchieste sull'andamento di un pubblico servizio; 4) le inchieste *pubbliche,* tendenti a studiare le condizioni di un ramo dell'attività sociale (per esempio l'inchiesta agraria del 1882) o di una de-

---

[1] Confr. Arcoleo, *Le inchieste parlamentari,* nell'*Annuario di Sc. giur.* (Milano 1882), an. III, pag. 174 e segg.

terminata regione (per esempio quella della Sicilia del 1875) e così via.

205. — In mancanza di una legge generale, il procedimento delle inchieste è stato regolato caso per caso. Può in genere dirsi che l'inchiesta è approvata con una proposta di legge la quale fissa anche un numero di membri che varia secondo i casi; relativamente poi all'esame dei testimoni e dei documenti, si applicano, per quanto la materia diversa lo permette, le norme analoghe del Diritto giudiziario.

206. — Sorge intanto a questo proposito una grave quistione che ha dato luogo a molteplici controversie. È o pur no necessaria una legge speciale?[1] È chiaro che lo scopo precipuo di una tal legge sarebbe quello di accordare alle commissioni di inchiesta un potere coercitivo, che serva di sanzione all'obbligo del cittadino di presentarsi o di produrre i documenti richiesti. Per tutt'altro riguardo si comprende l'opinione di coloro che non credono all'utilità di una tale legge. Così per quanto concerne il procedimento dell'inchiesta, si può in parte affidarsene al giusto criterio della commissione medesima, in parte ai regolamenti interni delle Camere, le quali, in applicazione del principio generale sancito nell'art. 61 dello Statuto, possono da sole provvedere sul modo onde esercitare le proprie attribuzioni, come ha praticamente fatto il Reg. della C. d. D. agli art. 76-78. Inutile altresì sarebbe una legge che volesse stabilire i casi in cui debba procedersi ad inchieste, argomento che è meglio affidare ad un senso di convenienza e di opportunità, variabile caso per caso. E si comprende altresì che la legge possa apparire inutile per quanto riguarda l'obbligo di deporre e

---

[1] Confr. ARCOLEO, loc. cit., e PALMA, *Corso di Dir. Cost.* (Firenze, 1877), II, 314.

produrre documenti da parte dei funzionari dello Stato. Data la forma parlamentare, deve presumersi che il Ministero non vorrà intralciare, ma bensì agevolare il cómpito del Parlamento, e, per mezzo della subordinazione gerarchica, potrà obbligare i propri dipendenti ad ubbidire alle richieste della commissione.

207. — Ma per quanto riguarda il libero cittadino, si potrà, in ipotesi, ritenere la legge dannosa, ma inutile certamente no. Per un naturale spirito di deferenza verso l'autorità, è sinora avvenuto che i cittadini si siano prestati volenterosamente alle richieste delle commissioni parlamentari. Ma sarebbe certamente erroneo credere che una facoltà possa costituire un obbligo: e quando un cittadino non volesse presentarsi, non può certo negarsi che egli usi di un suo diritto. E, dall'altra parte, prescindendo anche da ciò, il cittadino, anche presentandosi, può essere reticente o bugiardo senza che la commissione abbia mezzo di costringerlo a dire la verità.

208. — In questo senso, noi crediamo alla opportunità di una legge e non accettiamo la opinione di coloro che la credono dannosa. Secondo alcuni di essi, lo scopo raggiungerebbesi egualmente aggiungendosi a quella legge particolare che ordina l'inchiesta una clausola che dia poteri coercitivi alla commissione. Ma ognun vede come in tal maniera il principio della libertà personale sarebbe sottoposto a restrizioni particolari e perciò odiose; mentre una restrizione fondata su criteri generali sarebbe in armonia con tutte quelle altre ragioni che questa libertà limitano (confr. nº 370). Un'altra serie di obiezioni, che principalmente si rivolgono contro una legge in tal modo intesa, vedono in essa una violazione del principio della divisione dei poteri, quasi che con ciò il potere legislativo venga usurpando attribuzioni che sono proprie al potere giudiziario. Ma a pro-

posito della teorica della divisione dei poteri noi abbiamo in generale visto come tali preoccupazioni non abbiano altro fondamento che un concetto meccanico e falso della divisione suddetta. Noi riteniamo che chi vuole il fine deve volere i mezzi: si neghi alle Camere il diritto di inchiesta; ma una volta ammesso, è conseguente che si conferiscano loro i mezzi onde attuarlo.

Capitolo V.

Funzione ispettiva finanziaria. — Il bilancio.[1]

§ 1. — *Contenuto di questa funzione.*

209. — La forma più elevata, storicamente ed attualmente più importante, con cui le Camere rappresentative (e quella popolare specialmente) esercitano un sindacato sull'andamento della pubblica cosa è l'ispezione sulle entrate e sulle spese dello Stato. Qui, anzi, una tale ispezione, invece di esercitarsi colle forme accidentali e saltuarie della funzione ispettiva ordinaria, assume una maniera *giuridicamente e completamente* ordinata per mezzo della *votazione annuale del bilancio.*

210. — Il *bilancio* è istituito allo scopo di rappresentare fedelmente anno per anno tutta la situazione economica dello Stato: da un lato i redditi, secondo le loro varie fonti, dall'altro le spese, secondo i vari servizi pubblici cui son destinate. L'esame, la discussione e l'approvazione di esso da parte del Parlamento permettono dunque un'ispezione completa e periodica del

[1] Confr. Arcoleo, *Il bilancio dello Stato e il Sindacato parl.* (Napoli, 1880); Maiorana, *Teor. cost. delle entrate e delle spese dello St.* (Roma, 1886).

modo con cui si impiegano gli oneri finanziari che i cittadini sopportano. Questa è la ragione storica della rappresentanza, questa ne è tuttavia la principale forza ed il fine principale.

211. — Gravi quistioni sono tuttavia sorte sull'*indole* e sull'*estensione* del diritto che il Parlamento ha, a proposito di bilanci. Non mancano esempi di bilanci rifiutati e di governi che, ciò malgrado, si sono creduti in diritto di esercitarli; e così pure, nel campo scientifico, non mancano scrittori che difendono o negano il diritto del Parlamento a rifiutare il bilancio. In Italia, la quistione non si è nel fatto presentata: importa tuttavia esaminarla perchè essa implica appunto la valutazione giuridica del diritto delle Camere in questa materia.

212. — Si domanda prima di tutto: il bilancio è una *legge?* Basta richiamare i principii da noi posti a suo luogo (cap. II di questo libro), per risolvere senza difficoltà la questione. Il bilancio non è certamente una legge *propria* perchè manca di contenuto giuridico, come, in generale, ogni legge finanziaria; ma non si può negare che, nel senso formale o *costituzionale*, costituisca una *legge*, essendo appunto un provvedimento approvato dalle due Camere e sanzionato dal Re. Questo è un *fatto*, cui anche risponde l'espressione del nostro Statuto, dove, all'art. 10, è detto: «.... ogni *legge*.... di approvazione dei bilanci e dei conti dello Stato ec.»

213. — Affermato però che il bilancio, costituzionalmente, sia una legge, non si intende con questo tagliar corto alla quistione; e, assimilando senz'altro questa legge a tutte le altre, ritenere che il diritto del rifiuto sia illimitato: non è giuridicamente possibile nè lecito di prescindere dal *contenuto speciale* di questa legge. Nessuno potrà negare che il bilancio suppone tutto un insieme di leggi, anzi, addirittura, l'esistenza medesima

dello Stato, in quanto a tutti i servizi pubblici risponde necessariamente un adeguato assegno economico. Supporre che anno per anno, la votazione del bilancio *dia vita* ai pubblici servizi e, per logica conseguenza, che anno per anno ne dipenda l' esistenza medesima dello Stato, ripugna non solo ai principii generali per cui l'organismo dello Stato esiste per virtù propria e non per un voto di un' assemblea (nº 27), ma, da un punto di vista più speciale, ripugna al fine medesimo cui il potere legislativo è ordinato e per cui ogni legge, anche *finanziaria*, ha un' origine propria ed autonoma, una dichiarazione *specifica*.[1]

214. — Ritenuto quindi che il bilancio presuppone tutte le leggi esistenti e deve rispettarle, quale è il suo vero contenuto? Il bilancio altro non è se non un *conto patrimoniale*, nel quale si determina periodicamente la situazione economica dello Stato e l' uso che si fa delle contribuzioni dei cittadini. Ora per quanto gravissima possa essere questa funzione e per quanto delicati i molteplici esami che essa implica, un conto resta sempre un conto, e l' approvazione di esso, anche se fatta in forma di *legge*, resta sempre l' *approvazione di un conto*. Posta così nei suoi termini giuridici, la questione sovra ricordata diventa semplice. La Camera *può* rifiutare il bilancio; che del resto, se il contrario fosse, non si comprenderebbe perchè mai le si domandi l' approvazione. Tutto sta nel senso che può avere un tale rifiuto. Ed il senso, giuridicamente, non può essere che di *non ri-*

---

[1] Questo principio, astrattamente indiscutibile, non è stato abbastanza rispettato dalla nostra pratica parlamentare, e in due o tre precedenti (cui per altro se ne possono contrapporre altri in contrario) la nostra Camera ha creduto di potere modificare alcuna legge con un voto del bilancio (MANCINI e GALEOTTI, § 469). Tuttavia, ammessa anche la ragionevolezza di una tale usanza scorretta, essa non si presenterebbe che come un' *eccezione* a quel principio generale, che resterebbe sempre per sè stesso vero.

conoscere la regolarità di quel conto, non già di *negare i mezzi economici* e, quindi, arrestare la vita medesima dello Stato. Un rifiuto del bilancio, inteso a quest'ultimo fine, sarebbe certamente *incostituzionale* e costituirebbe un vero *eccesso di potere*.

215. — Ora, nei rapporti del Diritto pubblico, un potere che ecceda non può essere richiamato nei limiti della propria sfera giuridica con quei mezzi coattivi che son propri del Diritto privato. Avviene, invece, quel che si chiama un conflitto di poteri, durante il quale la vita fisiologica del Diritto si arresta e qualche volta la *legalità* può peccare di intrinseca ingiustizia. Da questo punto di vista, il rifiuto del bilancio si concepisce come *un mezzo di resistenza collettiva*, e sarà ricordato ad altro proposito (nº 421).

§ 2. — *Particolari sul bilancio.*

216. — Prescindendo da quei lati molteplici per i quali l'argomento del bilancio riguarda altre scienze, e in particolare, il diritto amministrativo e la scienza delle finanze, noi distingueremo le quistioni *costituzionali* che ad esso son relative, secondo i tre stadi per cui passa, cioè *la formazione, l'esame, l'esecuzione*.

217. — Circa al primo stadio, è da osservare che la *presentazione* e quindi la *preparazione* del bilancio procedono necessariamente dal potere esecutivo in quanto esso solo ha la possibilità di tener conto di tutta la situazione attiva e passiva del patrimonio dello Stato e, quel che più importa, la responsabilità di curare un regolare sistema della pubblica economia. Astrattamente poi, il bilancio dovrebbe formare un'*inscindibile unità* così per l'entrata come per la spesa: ma, in rapporto a quest'ultima, le necessità del lavoro parlamentare hanno introdotto l'uso di votare separatamente

la spesa di ciascun ministero. Secondo la corretta consuetudine inglese poi, la presentazione e l'esame del bilancio dell' entrata dovrebbero precedere sempre quello della spesa affinchè l'una riesca un limite efficace dell'altra: ma anche quest'uso la nostra pratica non segue per le solite necessità di tempo e di modo, meno giustificabili in questo caso.[1]

218. — Allo stadio di formazione del bilancio attiene il così detto principio della *specialità*. Esso importa che il bilancio non si presenti all'esame ed all'approvazione delle Camere come un tutto complessivo, ma bensì *distinto in parti*, a seconda dei vari cespiti dell'entrata e delle varie appropriazioni della spesa: e ciò per la ragione ben semplice che è appunto così che il sindacato parlamentare riesce seriamente efficace; l'esame delle condizioni finanziarie di un'azienda qualsiasi sarebbe illusorio senza una conoscenza *specifica* delle fonti e dell'uso dei cespiti relativi. Tuttavia il principio ha un limite, oltrepassando il quale, ne resta inceppata l'azione del potere esecutivo e diminuita la sfera della responsabilità ministeriale. Questi due limiti si attuano, in Italia, distinguendo il bilancio in *capitoli* e questi in *articoli*. I primi rispondono, in generale, all'idea di un *servizio pubblico autonomo*; nei secondi la spesa è concretamente distribuita. L'esame e l'approvazione parlamentare concernono propriamente i capitoli: tuttavia anche gli articoli sono letti, ed in questo senso la Camera può dirsi che ne prenda atto.

219. — Quanto al modo con cui l'*esame parlamen-*

---

[1] Confr., però, su tale argomento l'art. 28 della legge sulla contabilità dello Stato (testo unico, approvato con R. D. 17 febbr. 1884) che tende a rimediare a tale inconveniente, statuendo che con la stessa legge che approva il bilancio di previsione dell'entrate sia approvato il riepilogo degli stati di previsione della spesa di tutti i ministeri.

tare procede, bisogna riferirsene a quanto fu detto sui metodi di discussione in generale (nº 197 e segg.). Però, questa materia potrebbe dirsi la pietra di paragone della bontà di un sistema di procedura parlamentare, poichè nessun'altra legge, come quella del bilancio, richiede una così perfetta maturità di discussione, e insieme contiene una così grande difficoltà tecnica. E mentre l'universalità degli scrittori trova assai idoneo al fine il sistema inglese dei comitati privati, non si può dire che il sistema degli uffici faccia buona prova. In Italia si è cercato di temperarne i cattivi effetti specialmente rapporto alle garenzie di competenza, con la nomina di una *commissione speciale del bilancio,* permanente per tutta la durata della sessione, composta di trentasei membri ed eletta dalla Camera (nº 199). A gravi obiezioni ha tuttavia dato luogo questo sistema. Il criterio dell'elezione è necessariamente partigiano: d'altra parte, per la larghezza del numero dei commissari e per gli accordi preventivi fra i partiti, avviene che tutti gli uomini politici di una certa importanza trovano posto in quella commissione, che forma, per ciò, una Camera nella Camera, ed esaurisce da sè sola il vero esame finanziario, riuscendo illusoria poi la discussione della Camera. Così il ministero, in materia di finanza, è responsabile piuttosto dinanzi la commissione del bilancio che dinanzi il Parlamento, il che per più riguardi va considerato deplorevole cosa.

220. — L'esecuzione o *esercizio del bilancio* appartiene all'ordine amministrativo, ma il *controllo sull'esercizio* è attinente all'ordine costituzionale, poichè, senza di ciò, il diritto del Parlamento resterebbe praticamente inefficace. Se non che questo controllo richiedendo una grandissima specialità di competenza e l'attività continua di un servizio diuturno, così è che esso non può esercitarsi direttamente dal Parlamento, ma da

un corpo speciale, detto in Italia *la Corte dei Conti*. Tuttavia ciò non toglie che per l'indole propria delle sue funzioni, questo istituto sia *costituzionale* e che tragga la sua autorità da una vera *delegazione* di poteri da parte del Parlamento, indipendentemente dal potere esecutivo. Lodevole è quindi il sistema belga, secondo il quale la Corte dei Conti emana dal potere legislativo, che ne nomina i membri.

221. — In Italia, invece, la costituzione della Corte dei Conti procede da quel medesimo potere esecutivo (art. 3, legge 14 agosto 1862), che deve esserne sorvegliato: strana contraddizione, temperata però dall'*inamobivilità* che la legge garentisce ai consiglieri della Corte, in quanto, per essere rimossi dal loro ufficio, è necessario un decreto reale emesso sul conforme parere di una commissione composta dai presidenti e vicepresidenti delle due Camere (art. 4, legge cit.). Fra le attribuzioni della Corte, quelle che hanno diretta attinenza con l'esercizio del bilancio sono: *a*) *il riscontro delle spese* (art. 19-21), che si fa sottoponendo al *visto* ed alla *registrazione* della Corte tutti i decreti che importino un onere finanziario qualsiasi e tutti i mandati ed ordini di pagamento; *b*) *la vigilanza sulle riscossioni delle entrate* (art. 22-25) che si fa sul prospetto che i pubblici uffici sono obbligati ad inviare.

222. — Quando la Corte trova che l'atto del potere esecutivo importa una spesa che non ha riscontro in un relativo stanziamento del bilancio o implichi uno *storno* di fondi non legalmente fatto, in tal caso dovrà negare il suo *visto* allegandone le ragioni in apposita deliberazione. Se l'irregolarità è l'effetto di un semplice errore o di colpa di un subordinato, il rifiuto è una sanzione sufficiente e l'effetto è conseguito; ma sin qui si può dire che tale sindacato abbia solo un'importanza di ordine amministrativo. Ma quando l'illegalità è voluta

dai capi del governo, quando, insomma, ha luogo il vero conflitto costituzionale, torna la lamentata prevalenza del potere esecutivo, poichè una deliberazione del consiglio dei ministri può superare un tale ostacolo imponendo la registrazione, che viene allora fatta, come suol dirsi, per mezzo di un *visto con riserva.* Ben si è compreso dal nostro legislatore che il vero giudice competente per la risoluzione di tale conflitto non può essere il potere esecutivo che è parte nella controversia, ma il Parlamento: se non che il modo con cui il principio si attua, lo rende poco più che vano. Difatti la legge del 15 agosto 1867, modificando l' art. 18 di quella del 1862, stabilisce che ogni quindici giorni la Corte comunicherà agli uffici di presidenza del Senato e della Camera dei deputati l' elenco delle registrazioni eseguite con riserva. Quest' elenco è poi trasmesso ad una commissione apposita: nel fatto però, il giudizio, poichè ha luogo di fronte ad un *fatto compiuto,* trova la commissione indifferente, la Camera peggio ancora, e così è avvenuto che in tutta la nostra giurisprudenza parlamentare non si è mai dato neppure un solo caso di una discussione o di una risoluzione relativa ad una registrazione con riserva.

Capitolo VI.

Del Senato. — Ragione dell' Istituto. Modo onde si costituisce.

223. — Molto si disputa sulla convenienza di istituire un secondo corpo legislativo, oltre quello direttamente sorgente dalle elezioni popolari. Noi non toccheremo di tale controversia se non quella parte che servirà a chiarire la ragione intima di quell' istituzione la quale fa

intanto parte del nostro Diritto positivo, lasciando il rimanente alla politica e alla generale filosofia dello Stato.

224. — Dal lato *positivo,* interessa innanzi tutto rilevare come, per controversa che sia fra gli scrittori, l'istituzione di una Camera alta (o dei Pari, o Senato, o altrimenti detta) vige in quasi tutte le costituzioni moderne e, in ispecie, presso quella in cui il sistema rappresentativo è l'effetto di una evoluzione storica non interrotta, l'Inghilterra. Ciò basterebbe ad indicare che la ragione dell'esistenza di questo istituto è, principalmente, *storica.* Essa si connette, infatti, con quella forma di Stato in cui le classi sociali avevano una propria *autonomia organica,* e la *rappresentanza politica* ne era lo specchio. Così mentre la Camera bassa rappresentava il terzo stato, la Camera alta rappresentava i due primi stati, cioè l'*aristocrazia* secolare ed ecclesiastica (n° 100). In questo senso, ben si può dire, che questo secondo corpo legislativo integrasse l'idea della rappresentanza popolare.

225. — Limitando la nostra considerazione all'Italia presente, bisogna dire che questa ragione storica è venuta meno completamente, e, con essa, il principio giuridico che costituiva il fondamento *diretto* dell'esistenza di quella seconda Camera. Alcuno, come per esempio il Balbo, insiste affermando che un'*aristocrazia* deve sempre necessariamente esistere nel corpo sociale, e che esiste difatti, e che la rappresentanza di essa può restare come base giuridica dell'istituzione di un'altra Camera. Ma questa conseguenza è tuttavia erronea. Vero è dire che l'*aristocrazia,* come selezione dei migliori e più capaci, non può mai venir meno, ma vero è altresì che nello Stato moderno, questa selezione forma già la base giuridica della rappresentanza in generale (n° 105) e quindi anche della Camera elettiva, e non se ne giustificherebbe perciò (stando

solo da questo punto di vista) la duplicazione. Che se ad aristocrazia si dà il senso *tecnico* di un *corpo privilegiato*, è evidente che lo Stato moderno ha distrutto insieme i *corpi* ed i *privilegi*, ed ha così tolto anche l'esistenza di un *ceto* aristocratico.

226. — Questa osservazione spiega perchè, negli odierni Stati in generale e nel nostro in particolare, l'effettiva autorità della Camera sorta dall'elezione sia maggiore di quell'altra. Tuttavia, la convenienza di conservarla si ricava da un complesso di considerazioni di varia importanza, ma piuttosto *pratiche* che decisamente *giuridiche*. Così, si dice che il passaggio per un duplice esame migliora l'opera legislativa, che è utile l'esistenza di un corpo che possa garentire i giusti interessi delle minoranze e in cui gli elementi conservatori trovino modo di equilibrare le tendenze per avventura troppo arditamente novatrici che prevalgono in quell'ambiente sociale da cui in massima parte la Camera elettiva ripete la sua origine. Così, d'altra parte; noi stessi osserviamo che se il Senato moderno non può ritenersi che integri l'idea di rappresentanza, non può tuttavia disconoscersi che esso può fare che contribuiscano utilmente alla vita dello Stato certe forze individuali, le quali però per cause diverse subiettive non arriverebbero a vincere l'aspra lotta e spesso partigiana di un'elezione politica.

227. — Queste ragioni hanno tutte un certo peso, specialmente se considerate nel loro insieme, perchè, singolarmente considerate, non parrebbero decisive. Ad ogni modo, esse suppongono nella Camera alta quell'*autorità*, che appunto si cerca da qual fonte le possa pervenire. Ora a noi pare che la giustificazione di essa ed insieme la ragione della sua autorità (limitata, come si è detto) provenga dalla necessità di prevenire nella Camera elettiva quella tendenza ad abusare che è un

effetto psicologicamente necessario del sentirsi soli depositari di un grande potere. Vero è che resterebbe sempre il limite della sanzione regia, ma è questo un mezzo troppo delicato, troppo negativo, troppo rude, per riuscire davvero efficace. Nè importa replicare che, *nel fatto*, l' autorità del Senato si fa sentire raramente, senza che per questo si verifichi il temuto prepotere della Camera bassa: è ovvio rispondere che l' esistenza di un freno raggiunge il suo fine, col semplice fatto che esso esiste, ed a parte la maggiore o minore periodicità con cui si fa sentire.

228. — Tutte queste considerazioni giustificano astrattamente la convenienza di conservare una seconda Camera, ed illustrano anche il contenuto giuridico dell' istituzione. Esse, inoltre, apprestano già implicitamente certi principii essenziali che regolano l' altro problema, anch' esso molto controverso fra gli scrittori politici, del miglior modo della formazione della Camera alta.[1] Quando questa aveva quella ragion storica di essere, che si è detta, ed in quegli Stati in cui tuttavia questa ragione sussiste, la formazione della Camera dipende altresì dalla maniera con cui essa dal privilegio aristocratico medesimo vien regolata: sia ammettendo in certe famiglie il privilegio ereditario di farne parte (come in Inghilterra); sia procedendovi per mezzo di un' elezione in cui elettori ed eleggibili devono far parte del corpo privilegiato (come in Iscozia ed in Irlanda): salvo sempre il diritto nella Corona di estendere ad altri quel privilegio. Dove però quella ragion storica manca, si possono tenere fermi certi punti, riconosciuti dall' universale; e cioè:

1) Conservare nella Corona un diritto, più o men

---

[1] Confr. Palma, *La Riforma del Senato in Italia*, nelle *Quest. C.*, cit., cap. IV; Lampertico, *Lo Stat. ed il Senato* (Roma, 1885).

largo, di nomina. È il modo di usufruire quelle forze politiche meno idonee a prevalere in un' elezione e di conferire al Senato un riflesso della regia autorità;

2) Qualora si ricorra inoltre, più o meno sussidiariamente, al criterio elettivo, far tuttavia in guisa che i modi siano così diversi che l' una Camera non riesca una duplicazione inutile, o peggio imbarazzante, dell' altra. I modi a ciò idonei possono essere, innanzi tutto, di costituire un corpo elettorale speciale, anche con un doppio grado (in Francia, si compone di tutti i deputati, i consiglieri circondariali e due delegati per ogni comune), e poi di conferire all' ufficio una durata maggiore, ammettendo la rinnovazione solo parziale, e criteri speciali di eleggibilità (età, categorie, ec.). Non mancano sistemi di nomina regia combinata con l' elezione.

229. — Per il nostro diritto vigente (art. 33, Stat.), il Senato è composto di membri nominati dal Re, senza limite di numero,[1] purchè abbiano l' età di 40 anni compiuti, ed appartengano a certe categorie tassativamente indicate dallo Statuto medesimo: la condizione della cittadinanza italiana, comunque taciuta dallo Statuto, va pure indubbiamente ritenuta. Avvi una sola categoria di senatori *di diritto*, ed è costituita dai principi della famiglia reale che abbiano compiuto l' età di 21 anno; votano a 25 (art. 34, Stat.). Le categorie si possono raggruppare nel modo seguente: *a*) arcivescovi e vescovi dello Stato (nº 1, art. 33 cit.); *b*) il presidente della Camera dei deputati, e i deputati dopo tre legislature o sei anni di esercizio (2 e 3); *c*) i ministri (4 e 5); *d*) quelli che occupano le alte cariche della diplomazia (6 e 7); *e*) della magistratura (8 13); *f*) dell' esercito (14); *g*) i consiglieri di Stato (15); *h*) i presidenti dei consigli di divisione (ora, consigli pro-

---

[1] Dopo la unificazione del Regno, il numero si è mantenuto intorno a 350.

vinciali) (16); *i*) gl' intendenti generali (prefetti) (17); *l*) i membri delle regie accademie (18); *m*) del consiglio superiore di pubblica istruzione (19); *n*) coloro che con servigi e meriti eminenti avranno illustrata la patria (20) (categoria la cui valutazione è necessariamente molto elastica, e non se ne fa molto uso, mentre, d'altra parte, è molto difficile che un uomo illustre non appartenga ad una delle altre venti categorie); e finalmente *o*) è ammesso il criterio del censo (che è l'unico che ancora può aprire la via al vecchio ceto aristocratico) nella misura del pagamento di 3000 lire annue di imposte dirette (21).

230. — La garenzia dell' osservanza di tali condizioni sta nel diritto che al Senato compete di *verificare i titoli di ammissione* dei nuovi senatori, giusta l' art. 60 dello Stat., attuato negli art. 89 e segg. del Regolamento del Senato. Perciò è disposto che il decreto di nomina debba contenere l' indicazione della categoria per cui il senatore vien nominato, e una commissione apposita esamina se i titoli presentati sono sufficienti per ritenere adempiuta quella condizione.

CAPITOLO VII.

Attribuzioni del Senato.

§ 1. — *Limitazione in materia finanziaria.*[1]

231. — In generale, può dirsi che al Senato competano le attribuzioni medesime che alla Camera dei deputati, così in rapporto alla funzione strettamente le-

---

[1] Confr. PALMA, *Competenza del Senato nelle leggi di imposta* (*Quest. C.*, cit., cap. VI).

gislativa, come alla ispettiva: comunque diversa possa essere la pratica importanza ed autorità dell'una Camera o dell'altra. Analoghi sono pure la costituzione e l'ordinamento interno nel lavoro legislativo, salvo qualche differenza di lieve momento: importando solo rilevare come, in omaggio alla prevalenza che l'autorità della Corona ha in Senato, il presidente e i quattro vicepresidenti sono nominati con decreto reale (art. 35, Stat.).

232. — Di quelle due eccezioni alla regola generale, una costituisce limitazione, ed è in materia finanziaria: per essa, esprimendo il principio con termini generali, in rapporto alle leggi che implichino un onere finanziario nei cittadini, l'autorità della Camera elettiva prevale su quella della Camera alta. L'origine di questa differenza è più storica che teorica, e si riferisce al tempo in cui la ragione precipua della rappresentanza dei « comuni » consisteva nel fissare le quote di contribuzione; ed era naturale che i rappresentanti *diretti* di quei corpi cui incombeva quell'onere avessero la precedenza e la prevalenza nella valutazione di questa quota.[1] Presso la costituzione inglese, appunto per

[1] La teoria dominante ammette, *anche per lo Stato moderno,* una ragione analoga per la precedenza della Camera elettiva in materia finanziaria. Ma è un'analogia per lo meno arrischiata, e che, presa troppo alla lettera, finirebbe ad un ritorno al concetto medioevale della rappresentanza (nº 101), e ad una preminenza della Camera elettiva in ogni specie di leggi, non solo su quelle finanziarie. Si dice che la Camera rappresenta direttamente i contribuenti: ma allora anche per una legge che regoli il servizio militare, la Camera dei deputati dovrebbe avere la prevalenza perchè « rappresenta direttamente coloro che saran chiamati al servizio militare. » Lo stesso si dica per tutti gli oneri pubblici, che non sono, tuttavia, finanziari. La verità è che, volendo conservare l'istituto di una Camera alta, bisogna bene riconoscerle la qualità di *rappresentativa,* indipendentemente da quella *elettiva:* ed ammessa questa *fictio iuris,* ne discende, contrariamente all'opinione dominante, che anche i contribuenti sono rappresentati dal Senato.

l' influenza di queste ragioni storiche, i comuni non solo hanno un esclusivo diritto di iniziativa, ma anche di emendamento: sicchè il diritto dei pari si restringe ad approvare o respingere nel suo complesso la legge. Tuttavia, anche il diritto di respingere è stato controverso, in certi casi; ed ha dato luogo a conflitti costituzionali.[1]

233. — In Italia, invece, a questa limitazione del diritto del Senato si è data un' estensione minore. Stando alla lettera dell' art. 10 dello Stat., la differenza consisterebbe solo in ciò che « ogni legge di imposizione di tributi, o di approvazione dei bilanci e dei conti dello Stato, sarà *presentata prima* alla Camera dei deputati. » Per dare un senso giuridico a questa espressione poco felice che parla di un' anteriore presentazione, bisogna intenderla nel senso che *la Camera dei deputati ha, essa sola, l' iniziativa* per le leggi di imposizione di tributi e per quella del bilancio. Rovesciando l' espressione, diremo che la limitazione delle attribuzioni del Senato è costituita, in quei casi, dalla semplice *mancanza di iniziativa.* Ora, la mancanza del diritto di *iniziativa* implica altresì quella del diritto di *emendamento?* Bisogna risolvere questa quistione così dal punto di vista strettamente *giuridico,* come da quello *politico,* che, in fatto di mutua coesistenza di pubblici poteri, ha certamente un peso non lieve. *Giuridicamente,* si può dire che il nostro Statuto, conformandosi all' uso del comune linguaggio, distingue l' iniziativa dall' emendamento, riferendosi alla prima il cit. art. 10, alla seconda l' art. 55, quando accenna alla discussione ed approvazione di una legge « articolo per articolo. » L' art. 10 introduce un' eccezione che limita le attribuzioni del Senato, rapporto all' iniziativa; ma

---

[1] Confr. TODD, *Governo parl. in Inghil.* cit., cap. V, pag. 425 e segg.

l'art. 55 non ne introduce alcuna rapporto all'emendamento, sicchè la regola resta generale, e quindi anche il diritto di emendamento del Senato rispetto alle leggi di finanza resta illimitato. *Politicamente,* non è certo conveniente che un corpo legislativo sia costretto a respingere tutto un progetto per una disposizione cattiva, ma di ordine secondario, che non ha maniera di correggere. Bisogna dunque concludere che in materia finanziaria manca nel Senato, il diritto di *iniziativa,* ma esiste quello di *emendamento.*

234. — Il dichiarare tali principii non presenta serie difficoltà; i dubbi però sorgono all'applicazione. Abbiamo già rilevato come la linea che distingue l'*emendamento* dall'*iniziativa* sia così sottile che, senza molto sforzo di logica, ogni emendamento si può dire che implichi iniziativa e viceversa. Così pure una certa difficoltà può sorgere quando si tratti di determinare se una legge sia di « imposizione di tributi e di bilancio: » espressione che va intesa, anch'essa, in senso stretto, poichè, altrimenti, per ogni legge che organizzi un servizio pubblico qualsiasi ed abbia perciò conseguenze finanziarie potrebbesi invocare il privilegio della Camera elettiva, allargandolo indefinitamente. E parrebbe altresì da ritenere che altro sia «legge di *imposizione*» altro «legge di *esonerazione,*» tendente cioè ad abolire un'imposta esistente, rispetto alla quale legge il Senato ritroverebbe intera la sua iniziativa. E nel modo istesso illimitate sembrano le attribuzioni della Camera alta per ciò che riguarda la parte *amministrativa* della legge di imposta.

235. — Ma quando avremo ottenuto una siffatta maggiore determinazione dei principii, dobbiamo fermarci. Quando si tratta dei rapporti fra i pubblici poteri, alla scienza deve bastare di stabilire le norme generali, senza pretendere una determinazione così rigorosa di

esse da presumere che per ogni caso si abbia necessaria ed improrogabile la soluzione: cosa forse non possibile e ad ogni modo non desiderabile. Così come noi li abbiamo esposti, i principii di massima sono accettati dalla nostra giurisprudenza parlamentare (vedi soprattutto le discussioni del 28 aprile 1851 e del 28 giugno al 2 luglio 1879, presso la Camera dei deputati): quando casi di conflitto si sono presentati, i due rami del Parlamento han dato prova di quel mutuo rispetto e di quella buona volontà che, nei rapporti fra i grandi poteri dello Stato, giova assai più che l'attenersi all'inflessibile rigidità di certi principii dommatici.

§ 2. — *Attribuzioni giudiziarie del Senato (alta Corte di giustizia).*

236. — La seconda particolarità delle attribuzioni del Senato è nel senso dell'allargamento, in quanto si riferisce ad una funzione *giurisdizionale* che alla Camera dei deputati manca. Anche qui può dirsi in generale che la ragione di questa competenza sia principalmente storica: in Inghilterra, la Camera dei pari derivava queste attribuzioni dall'essere essa stessa una derivazione dall'antico *consilium Regis*, il quale, presieduto dal Re, amministrava la giustizia; sicchè essa è rimasta altresì la suprema corte giudiziaria del Regno e può avocare a sè ogni lite. Circa alla convenienza di conservare questo genere di giurisdizioni negli Stati moderni, non si può ricorrere ad alcun principio generale, ma è meglio considerare e valutare specialmente le cause per le quali questa giurisdizione eccezionale è mantenuta.

237. — In Italia, i casi in cui essa si esercita sono tre, tutti di giurisdizione penale: e si dice che il Senato viene allora costituito in *alta Corte di giustizia*. Questi casi sono:

1) Il giudizio dei crimini di alto tradimento e di attentato alla sicurezza dello Stato (art. 36, Stat.);

2) Il giudizio sull'accusa promossa contro i ministri dalla Camera dei deputati (art. 36 cit.);

3) Il giudizio sui reati imputati ad alcuno dei senatori (art. 37).[1]

238. — Esaminiamo il vario modo di questa triplice competenza. L'art. 36, relativo ai primi due casi, vuole che per la costituzione del Senato in alta Corte di giustizia intervenga un decreto reale; l'art. 37, che si riferisce al giudizio sui propri membri, prescinde da questa condizione. Da qui una prima conseguenza certa: cioè che la competenza del Senato è in quest'ultimo caso esclusiva ed assoluta; si verifica *ipso iure* in seguito all'accusa portata contro un senatore. In attuazione di questo principio, l'art. 3 del Reg. giudiziario del Senato (7 maggio 1870) dispone che in seguito alla comunicazione di una tale accusa, un'ordinanza del presidente dichiara che il Senato è costituito in alta Corte di giustizia.

239. — Ma per gli altri due casi previsti dall'art. 36, deve ritenersi che la condizione del concorso del decreto reale renda quella competenza non *assoluta* ma *sussidiaria* a quella ordinaria? Stando solo al testo di quell'articolo, la quistione dovrebbe decidersi affermativamente tanto per l'uno che per l'altro caso, ma una tale soluzione si manifesta erronea, facendo capo ad altre fonti giuridiche. Dall'art. 47 dello Statuto chiaramente

[1] I precedenti della costituzione del Senato italiano in alta Corte sono in tutto due: di cui nessuno riferibile all'accusa dei ministri. Uno riguarda il processo Persano, riferibile così alla qualità del reato come alla qualità dell'imputato (si dubitò tuttavia se la prerogativa del senatore possa estendersi ai reati commessi da un militare, in tempo di guerra e perciò il motivo dominante della specialità della giurisdizione rimase il primo); l'altro il recente processo Pissavini riferibile esclusivamente alla prerogativa dell'imputato.

sorge che l'accusa dei ministri come può solo esser promossa dalla Camera dei deputati, così può solo essere giudicata dall'alta Corte di giustizia. Anche in questo caso dunque siffatta giurisdizione è assoluta ed unica. Bisognerà concluderne che sia anche tale quella relativa al giudizio dei crimini di alto tradimento? Non è mancato chi ha sostenuto l'affermativa;[1] e difatti la viziosa espressione dell'art. 36 confrontata cogli art. 37 e 47 parrebbe che si presti ad una tale interpretazione. Tuttavia il dubbio è tolto dalla testuale disposizione dell'art. 9, nº 1, Cod. proc. penale che dichiara la competenza delle Corti d'assise nei reati contro la sicurezza dello Stato, riferendosi espressamente all'art. 36 dello Statuto, e considerando la competenza dell'alta Corte come *sussidiaria*. Bisogna ritenere che questa disposizione contenga un'interpretazione autentica dell'art. 36 cit.: interpretazione che va rispettata in conseguenza della nostra teorica sulla larghezza delle attribuzioni del potere legislativo ordinario (nº 181).

240. — Esposto così il triplice ordine di cause onde procede la costituzione dell'alta Corte di giustizia, ci sarà più agevole il renderci conto del giuridico fondamento di ognuna di esse. Sembra pienamente giustificata rapporto al giudizio dei ministri messi in istato di accusa dalla Camera dei deputati. La gravità grandissima del giudizio rende opportuna la solennità di cui è accompagnato; l'indole politica del reato rende appropriata la specialità di quella competenza; l'elevatezza della carica occupata dagli accusati trova un riscontro nell'elevatezza eccezionale del giudice. A queste ragioni di convenienza bisogna aggiungerne un'altra

[1] Così il Brofferio e il Rattazzi nella seduta della Camera dei deputati del 6 agosto 1849 sostennero l'assoluta nullità di una sentenza di condanna per un crimine di tal natura, perchè era stata emessa dai tribunali ordinari.

di una portata giuridica maggiore, ed è che la qualità del *giudice* è bene che sia corrispondente alla qualità dell' *accusatore*, e l' indole speciale del giudizio con l' indole speciale del giudice.

241. — Non abbastanza giustificate sembrano invece le due altre fonti di questa giurisdizione speciale. I reati contro la sicurezza dello Stato sono davvero reati *comuni*, cui basta il magistrato ordinario: nella pratica, si è avuta così bene la coscienza di ciò, che la magistratura ordinaria ha sempre giudicato su tale genere di reati, e il Senato si è dimostrato alquanto alieno dall' esercitare questa maniera di attribuzioni giudiziarie.[1] Quanto al giudizio sui reati commessi dai senatori, l' origine storica di questa giurisdizione eccezionale si collega col *privilegio aristocratico di foro*, applicazione particolare del vecchio principio delle giurisdizioni medioevali, cioè il *giudizio dei pari*. Ognun vede come questa ragione sia completamente venuta meno. Facendo appello a ragioni di *convenienza*, pare che contro possibili esorbitanze del potere esecutivo, i senatori possano essere sufficientemente garentiti dalle generali prerogative sull'arresto (nº 247) che valgono anche per i deputati e che, anzi, a qualcuno sembrano già ingiustificate; mentre, dall' altra parte, non pare che conferisca nulla così alla dignità del corpo, come a quella del singolo membro, questa solennità particolare la quale non fa che mettere più in rilievo e additare alla curiosità del pubblico la infrazione commessa.

242. — Quanto ai particolari relativi a queste attribuzioni giudiziarie del Senato, lo Statuto si limita ad affermare (art. 36, 2º alinea) il principio, assai ovvio, che

---

[1] Nel caso del Persano, l' indole del reato era accompagnata dalla qualità dell' imputato, che era senatore. Nel caso dell' attentato del Passanante, il Senato stesso mostrò il desiderio di non essere chiamato a giudicarlo.

essendo riunita l'alta Corte, ogni qualità politica vien meno al Senato, che si trasforma in un vero e proprio magistrato, la cui competenza è strettamente limitata al giudizio che è chiamato a dare. In attuazione poi dell'art. 61, per cui ogni Camera regola internamente il modo di esercizio delle sue attribuzioni, il Senato ha fissato con un apposito *regolamento* (7 maggio 1870) la procedura da seguirsi dall'alta Corte di giustizia.

Capitolo VIII.

Prerogative dei senatori e dei deputati.

243. — Il Diritto pubblico moderno ha riconosciuto e proclamato il principio della uguaglianza dei cittadini innanzi la legge (n° 365). Però questo principio non toglie che ad esso si deroghi a favore di quei cittadini i quali rivestono una pubblica funzione e vi si deroghi perchè sia reso loro possibile il normale adempimento di quella funzione: sorge con ciò la nozione della *prerogativa*, la quale, a differenza del privilegio, si accompagna alla funzione pubblica e trova in essa la sua origine e la sua giustificazione (confr. n° 365 cit.).

244. — In applicazione di questo principio, i deputati e i senatori, rivestiti di così elevata funzione pubblica, godono di particolari prerogative. Hanno queste un rapporto con le origini storiche della forma rappresentativa: allora però quelle immunità facevano parte di tutto un sistema di privilegi ed il loro fine principale era di difendere l'indipendenza dei membri del potere legislativo dalle prepotenze, che non di rado nel fatto si verificavano da parte del potere esecutivo. Questa ragione può dirsi che per diritto moderno sia venuta meno, quantunque ciò sia in antitesi con l'opi-

nione dominante che la crede ancora sussistente. Ma noi non possiamo più ammettere che la portata di un istituto sia la diffidenza e la gelosia reciproca fra due poteri e la presunzione che uno di essi intenda eccedere dalla propria sfera giuridica: vecchio pregiudizio da cui bisogna liberare la scienza nostra. Sufficiente fondamento giuridico di questa immunità parlamentare può essere l'applicazione generale del concetto di prerogativa, come fu già detto, giusta un criterio che avvertiremo più avanti (nº 248).

245. — Il nostro Diritto positivo su tale materia è costituito dagli art. 37, 45, 46 e 51 dello Statuto. Non ci occuperemo del particolare privilegio di foro derivante a favore dei senatori dall'art. 37, perchè di esso abbiamo già detto ad altro proposito (nº 237) nè dell'art. 46 che riguarda l'arresto per debiti, che non è più ammesso dal nostro Diritto.

246. — L'art. 51 citato sanziona l'assoluta insindacabilità, che è garentita ai membri del Parlamento, in conseguenza delle opinioni da loro emesse, e dei voti dati nell'esercizio della loro funzione legislativa. Questo principio è sanzione di quella libertà di parola e di voto, la quale deve essere massima in un rappresentante della nazione. Nè con ciò vuol dirsi che egli non sia vincolato da alcuna ragione di convenienza e di conseguenza: ma l'unico freno possibile e che non leda il principio della libertà, naturalmente oltre il sindacato della pubblica opinione, si deve riscontrarlo nella facoltà disciplinare, che è riservata al Presidente della Camera (art. 8 del Regolam.). Questa medesima insindacabilità è garentita altresì a quei membri del Parlamento che siano anche funzionari del potere esecutivo. Tuttavia la nostra giurisprudenza parlamentare inclina a ritenere che questa garenzia non si estenda ai discorsi o agli atti compiuti fuori del Parlamento e in-

dipendentemente dall' esercizio della funzione legislativa; allora i funzionari suddetti sono obbligati al rispetto gerarchico e sono disciplinarmente punibili quando ad esso vengan meno.

247. — Gli art. 37 e 45 contengono le immunità personali in senso stretto; l' uno e l' altro garentiscono ai senatori e ai deputati di non potere essere arrestati se non con l' autorizzazione della rispettiva Camera, salvo il caso di flagrante delitto; pel deputato però la prerogativa è limitata al tempo in cui dura la sessione. Siccome poi i deputati non godono del privilegio di foro di cui godono i senatori, l' art. 45 garentisce loro altresì la prerogativa di non potere essere «tradotti in giudizio» senza l' autorizzazione della Camera.

248. — Chiara appare la portata di queste prerogative, la quale è di impedire che un membro del Parlamento sia sottratto all' esercizio della sua funzione, senza che la Camera ne sia avvertita, e possa valutare la serietà della ragione che può rendere possibile quella limitazione di libertà. Se questo è il fondamento del Diritto, le Camere dovrebbero usarne conformemente ad esso, e sarebbe un effetto ingiustificabile quello di far servire la prerogativa al fine di sottrarre il deputato o il senatore agli effetti della propria azione delittuosa. Così l' autorizzazione della Camera perchè un deputato sia tradotto in giudizio non dovrebbe entrare nel merito del reato che gli si imputa, se non per accertarsi che esso non contenga una mera futilità, tendente a distornare il deputato dalle sue funzioni senza nessuna seria ragione. La Camera non può nè deve arrogarsi i poteri del magistrato per migliorare o aggravare la condizione dell' imputato.

249. — L' applicazione di questi articoli ha dato luogo a diversi dubbi, intorno ai quali la giurisprudenza parlamentare è scissa. Si è in particolare discusso se l' art. 45

trovi applicazione nel caso che il giudizio si trovasse già iniziato quando il deputato venga eletto: l'affermativa sembra plausibile, poichè concorre identità di ragione e perchè pel deputato la traduzione in giudizio può dirsi che, in rapporto alla sua qualità, cominci col fatto dell'elezione. Per la stessa ragione si dovrebbe analogamente decidere che trovi luogo la prerogativa dell'art. 45, quando il deputato al momento della elezione trovisi già arrestato sotto il peso di una imputazione. Ma se il deputato trovisi detenuto in virtù di condanna, passata in cosa giudicata, la lettera dell'art. 45 non trova più applicazione e neppure lo spirito di esso, dappoichè la garenzia concessa al deputato di potere attendere ai lavori parlamentari non può togliere efficacia ad una sentenza, nè impedire che un reo espii la sua pena. Se così non fosse, dovrebbesi dire che un collegio elettorale abbia altresì il potere di fare grazia ai condannati.

LIBRO QUINTO.

POTERE ESECUTIVO.

CAPITOLO I.

Il Capo dello Stato.

§ 1. — *Successione al trono. — Reggenza.*

250. — Il Capo dello Stato è altresì Capo del potere esecutivo, quantunque nell'esercizio dei suoi diritti diversi partecipi, come vedremo, anche agli altri due poteri fondamentali dello Stato. Ne diamo tuttavia qui la trattazione completa per una ragione sistematica, che fu a suo luogo avvertita (confr. n° 97).

251. — L'esistenza di un Capo dello Stato ha il suo fondamento innanzi tutto in una ragione generalissima e che trova riscontro in qualsivoglia maniera di Stati, cioè l'esterna e materiale affermazione del principio dell'unità dello Stato in antitesi alla varietà e particolarità degli organi di esso. Questo principio è comune così alla forma monarchica che repubblicana: la differenza caratteristica fra esse, per quanto riguarda il Capo dello Stato, fu da noi precedentemente detta e non occorre ripeterla (n° 73).

252. — Lo Stato italiano è retto con la forma monarchica (art. 2, Stat.). Lo Statuto aggiunge che la nostra

monarchia è *ereditaria*. La forma *elettiva*, attuata in tipi storici diversi,[1] è stata oramai abbandonata, e con ragione, dalle costituzioni moderne, come quella che, dando assai scarse garenzie che la scelta cada sul più capace, esclude intanto i principali vantaggi della forma monarchica, cioè lo spirito di continuità dinastica e il sottrarre la carica più eminente dello Stato ai fini ambiziosi e alle pericolose lotte personali e settarie. Il potere monarchico si acquista dunque col fatto di una *successione ereditaria al trono*. Quest' istituto è regolato dalle norme seguenti:

253. — *a*) La successione, essendo di *Diritto pubblico costituzionale*, differisce essenzialmente da quella di Diritto privato. La volontà del monarca defunto non può influirvi in modo alcuno (la successione *testamentaria* è quindi affatto esclusa); il diritto, in omaggio al principio di unità dello Stato, si trasmette *indivisibilmente* ad un unico successore. Grave quistione è bensì se l' ordine della successione possa essere mutato in virtù di una legge del Parlamento. Lo Stato italiano manca così di disposizione apposita, come di precedenti; tuttavia la questione può essere risoluta in astratto affermativamente, giusta la regola vigente nel Diritto costituzionale inglese. Difatti dappoichè l' ordine della successione è determinato dalla legge costituzionale, quel potere, il quale ha facoltà di mutare la costituzione e perciò, secondo noi, il Parlamento (n° 181), potrà per conseguenza mutare altresì quell' ordine. Unico limite, che ha base in quella formola dei plebisciti, da cui originò l' esistenza dello Stato, deve riscontrarsi in ciò che il nuovo chiamato alla successione appartenga sempre alla dinastia di Savoia (n° 180).

---

[1] Per esempio nell' Impero romano e germanico, e nei Regni di Ungheria e di Polonia.

254. — *b*) Per regola, la successione è devoluta per *diritto di primogenitura*, essendo preferita la linea discendentale diretta alle collaterali. Questo principio trova un' eccezione nell' esclusione delle donne: « il trono è ereditario secondo la *legge Salica.* » Vige altresì il principio della legittimità della nascità, cioè che l'erede al trono discenda da un matrimonio legittimo. Per talune costituzioni un principe della casa reale non può contrarre giuste nozze se non con principesse di famiglie sovrane. Un tal limite, poichè non è stato espressamente ritenuto dalla nostra costituzione, si può dire che pel nostro Diritto pubblico non abbia vigore.

255. — *c*) Poichè l'erede del trono succede in virtù di un diritto proprio, avente base nella costituzione, e poichè la vita dello Stato, sia pure nella sua espressione formale, non può arrestarsi mai, così fra un Re e l'altro non esiste alcuna soluzione di continuità. Principio riassunto nella formola francese: «il Re non muore mai. »

256. — Avvenuta la trasmissione della Corona, può darsi che l'*esercizio* dei diritti ad essa competenti non sia possibile per incapacità del Monarca. Questa incapacità può in primo luogo derivare dalla minore età del Re, cioè quando egli non ha ancora raggiunto il diciottesimo anno, giusta la disposizione eccezionale dell'art. 11 dello Statuto. Secondariamente poi l'incapacità può sorgere da « ragioni di fisica impossibilità » (art. 16 dello Statuto), la quale può essere così antecedente come posteriore alla verificatasi successione. Tra queste ragioni di fisica impossibilità vanno annoverate in primo luogo le malattie mentali, come l'imbecillità e la pazzia; quanto agli altri mali (deformità, cecità, sordomutismo ec.) bisognerebbe caso per caso decidere se essi implichino « la fisica impossibilità » cui accenna la disposizione citata dello Statuto.

257. — In questi casi di incapacità ha luogo l'istituto della Reggenza. Il Reggente non governa in virtù di un diritto proprio, ma in nome del Re incapace: tuttavia, salvo questa differenza formale, egli è pienamente assimilato al Monarca, di cui esercita i diritti con piena libertà di volere e di azione. Nel Diritto costituzionale inglese la Reggenza è regolata, con un atto del Parlamento, caso per caso: e il Parlamento è libero nella scelta della persona del Reggente. Il nostro Diritto invece si è uniformato al principio generale, che vuole sottratto il diritto del Capo dello Stato, sia pure transitorio, alle vicissitudini di un'elezione. Così la delazione della Reggenza è anch'essa legittimamente regolata con norme *a priori* (art. 12-16, St.) sulla base della regola generale che alla Reggenza è chiamato il parente più prossimo, nell'ordine della successione al trono, purchè abbia compiuti gli anni ventuno. Vi è tuttavia un caso in cui, quantunque lo Statuto espressamente non lo dica, non potrà farsi a meno dal ricorrere ad un atto del Parlamento, e ciò avviene quando la fisica impossibilità di regnare si verifichi quando il Re sia già nell'esercizio delle sue funzioni. In tal caso il Reggente sarà sempre chiamato con le norme fissate dallo Statuto, ma l'atto del Parlamento sarà necessario per constatare la fisica impossibilità e dichiarare la Reggenza.

258. — Il trono può perdersi, oltre che per la morte, per una ragione violenta di fatto, derivante o da una rivoluzione interna o dalla invasione di un nemico esterno. L'effetto medesimo si consegue con una manifestazione della volontà stessa del Monarca, che dichiari di voler rinunziare al suo diritto (*abdicazione*). In questo caso si apre regolarmente la successione come in seguito a morte.

259. — Ricorderemo infine un istituto che presenta qualche affinità con la Reggenza, cioè la *Luogotenenza*.

Per essa, alcuno dei poteri della Corona viene temporaneamente trasferito ad altra persona; e ciò quando il Re non possa direttamente sopraintendervi perchè attratto da cure più gravi. Questo avviene ordinariamente in caso di guerra e se ne hanno in Italia precedenti negli anni 1848, 1859, 1866. La Luogotenenza è istituita con decreto reale di cui si dà comunicazione alle Camere.

§ 2. — *Prerogative generali della Corona.*

260. — È principio generale del Diritto pubblico moderno che tutti i diritti alla Corona spettanti, competono bensì, quanto al loro esercizio, alla *persona* del Monarca, ma hanno la loro ragion di essere nella *istituzione,* e cioè in quanto essa contiene la esterna e completa rappresentanza della sovranità. Così il diritto speciale di cui il Monarca gode, le immunità di cui è rivestito non costituiscono *privilegi,* ma bensì *prerogative:* [1] e così pure è una formula corretta, che esprime questa caratteristica essenziale, il dire che il governo del Re non è *personale,* ma *di prerogativa.*

261. — Sorvolando su certe attribuzioni, che hanno un carattere prevalentemente formale, queste prerogative che alla persona del Re in generale competono si trovano riassunte nell' espressione dell' art. 4 dello Statuto: « La persona del Re è sacra ed inviolabile. » La qualifica di « sacra » si può dire che pel Diritto pubblico moderno non abbia più ragione nè senso: essa contiene un elemento religioso, che può connettersi coi vecchi principii bisantini e teocratici, ma che non ha più ragion d' essere nello Stato moderno. Il concetto invece della « inviolabilità » ha molta importanza, purchè preso in un senso più largo di quello che l' uso

[1] Sulla differenza fra *privilegio* e *prerogativa* confr. appresso n° 365.

comune dà alla parola. In questo senso stretto dell'uso comune, l'inviolabilità riferendosi al rispetto dovuto alla integrità personale e alla personalità morale del Re, si potrebbe dire che tutti i cittadini sono inviolabili, in quanto, anche per essi, l'attentare al loro onore, alla loro libertà, alla loro vita, costituisce un reato comune. Bene è vero però che la dignità elevatissima che il Re riveste impone nel cittadino un rispetto maggiore; onde è che il Diritto penale aggrava le pene ordinarie quando si tratta di reati commessi verso la persona del Re.

262. — Ma se poi si considera quel senso più largo del concetto di inviolabilità, cui noi accennavamo, esso racchiude quello di *irresponsabilità* che è uno dei più importanti, anzi fondamentale per il Diritto pubblico moderno.

263. — In un reggimento dispotico, il Re è irresponsabile perchè egli è superiore alla legge, o, con formula diversa ma che ha conseguenze identiche, perchè è egli stesso la fonte di ogni legge, quindi ogni suo atto ha la presunzione assoluta di essere legittimo.[1] Nel Diritto pubblico moderno questo senso della irresponsabilità non è più ammissibile. Il Re da sè solo non può fare nè mutare le leggi, alle quali egli è invece sottomesso, giusta il principio del Diritto inglese: « Rex debet esse sub lege. » E questo principio nelle costituzioni moderne trova un'espressa e solenne conferma nell'istituto del *giuramento* che il Re presta, salendo al trono, di osservare fedelmente la costituzione dello Stato (art. 22 dello Stat.).

[1] Queste due formule correlative hanno la loro espressione completa nel Diritto pubblico dell'Impero romano, specialmente dopo il secondo secolo. Confr. per la prima di esse Ulpiano, L. 31, D. *de leg.*, I, 3: « Princeps legibus solutus est; » e per la seconda il medesimo Ulpiano, L. 1 pr., D. *de Const. princ.*, I, 4: « Quod principi placuit legis habet vigorem. »

264. — Nello Stato costituzionale inglese, la irresponsabilità regia trovò invece la sua base in una *fictio iuris*, cioè : « il Re non può fare male. » Si è censurata questa formula col dire che essa è assurda e falsa « davanti la storia e la natura umana.[1] » La critica ci sembra eccessiva, in questo senso che quella formula non fa se non esprimere in una maniera diversa la nozione medesima di irresponsabilità. Se l'atto del Re non può discutersi, se di esso il Re non può essere chiamato responsabile, ciò non significa forse che, per giuridica presunzione, il Re non può commettere un atto ingiusto? Piuttosto sarebbe vero dire che la formula inglese, appunto perchè non fa se non che ripetere il principio medesimo della irresponsabilità, è insufficiente a darcene la spiegazione.

265. — Sembra a noi che la base essenziale della irresponsabilità del Monarca sia da considerarsi innanzi tutto da un punto di vista di ordine politico e poi da un punto di vista giuridico. Politicamente pare che abbia un'elevata ragione e risponda ad un interesse pubblico gravissimo il sottrarre la persona del Capo dello Stato ad una censura diretta, da cui riuscirebbero indeboliti quelle autorità e quel prestigio, che debbono accompagnare la persona del Monarca; oltre a ciò, la diretta responsabilità darebbe luogo ad attriti pericolosi fra i più elevati poteri pubblici, che potrebbero poi degenerare in un dissidio irreparabile, col danno o della libertà dei cittadini o della forza dello Stato.

266. — Ma questo lato politico della quistione si completa necessariamente con la portata giuridica dell'istituto. Ciò che al Diritto importa è che ad ogni atto corrisponda un responsabile: da ciò quell'altro principio fondamentale che completa quello della irrespon-

---

[1] Bluntschli, *Dr. Pub. Gen.*, libro III, cap. 9, nº 7.

sabilità regia, cioè la *responsabilità ministeriale. Ogni atto della Corona procede sempre con la firma di uno o più ministri che ne assumono la giuridica responsabilità.* Nè si dica che questo principio ha un contenuto immorale in quanto addossa ad una persona, estranea all' atto, la responsabilità di colui che l' ha veramente compiuto. Il ministro non è uno strumento passivo della Corona, come il gerente di un giornale: egli ha una propria volontà autonoma per cui l' atto regio, al quale egli presta il suo concorso, è un atto da lui *voluto* e da lui *consentito,* ciò che dà un fondamento sufficiente alla di lui giuridica responsabilità.

267. — Così posti i termini della quistione, noi possiamo formarci un adeguato giudizio di quelle infelici formule francesi colle quali si è voluto esprimere questo principio della irresponsabilità regia, come è per esempio quella famosa: « il Re regna e non governa. » Questa pura antitesi di parole se vuol dire che il Re costituzionale non è che una mera apparenza, una comparsa vestita di abiti pomposi per rappresentare « un personaggio che non parla, » contiene un pericoloso equivoco. Gli atti della Corona sono *voluti* dal Re: il quale ha il diritto, anzi il dovere di intervenire col suo consiglio in tutti gli atti che in suo nome si compiono. Il principio della responsabilità ministeriale non vuol già dire che la volontà personale del Re sia annullata; bensì che l' atto della Corona si presenta come l' effetto di due volontà, l' una principale e determinante, cioè quella del Re, l' altra accessoria, ma indivisibile, cioè quella del ministro, il quale tuttavia ne è solo il responsabile. È naturale che il valore pratico di questi principii muti secondo le politiche combinazioni, per cui il valore della diretta ingerenza sovrana potrà indefinitamente variare da un massimo ad un *minimum,* in combinazione con molti elementi, quali la personale importanza del

Re, il valore dei ministri che lo circondano, lo stato dei partiti politici. Ma queste preoccupazioni di fatto non hanno nè possono avere alcuna influenza sulla posizione dei principii di Diritto, che noi abbiamo fatto.

§ 3. — *Lista civile.*

268. — Oltre il godimento dei beni che costituiscono il patrimonio privato della Casa regnante, lo Stato assegna alla Corona un'annua dotazione, detta *lista civile,* allo scopo di permetterle di adempiere alle molteplici funzioni di essa e di rivestirsi di quell'esterno splendore che si conviene al rappresentante del potere sovrano. Si vede da ciò come il principio su cui si fonda la concessione di questa dotazione è misto di elementi di Diritto privato e di Diritto pubblico. Una parte di queste spese, in quanto tendono al mantenimento della persona del Re, ha un carattere certamente privato: ma in quanto tendono all'attuazione dei vari uffici che alla Corona spettano, esse hanno una manifesta analogia con quelle che organizzano in generale i servizi pubblici.

269. — Questa fusione di elementi ha qualche volta generato confusione. Nei primordi del governo rappresentativo, tutti i pubblici servizi dipendevano direttamente e quindi anche economicamente dalla Corona. In questo senso, il patrimonio di essa si confondeva col bilancio dello Stato. Lo sviluppo del Diritto costituzionale inglese svolse organicamente questa distinzione, portandola fino alle sue ultime conseguenze; per cui, quantunque l'assegnazione dei fondi che costituisce la lista civile faccia parte del *fondo consolidato* ed è perciò sottratta al voto annuale del Parlamento, tuttavia la determinazione delle spese, in quanto intendono all'organizzazione di quei servizi della Corona che conser-

vano un carattere pubblico, rientra nel campo della ispezione finanziaria del Parlamento.

270. — Questo principio, teoricamente corretto, non si è applicato in Italia per una ragione di indole, se vuolsi, transitoria, ma tuttavia grave, cioè che questa distinzione dei servigi sulla base dell'indole specifica di essi non è stata ancora attuata e manca quindi il presupposto per l'applicazione del principio medesimo.[1] D'altra parte i nostri ministri hanno assunto la responsabilità generica, anche per quanto riguarda lo stato patrimoniale della Corona, e ciò in connessione all'ingerenza loro sulla scelta delle persone che questo patrimonio governano:[2] il che può in certo modo supplire al difetto di attuazione di quel principio costituzionale. Stando all'art. 19 dello Statuto, la dotazione dovrebbe essere stabilita con legge, volta per volta, nella prima legislatura che segue l'avvenimento di un nuovo Re. La ragione di questa disposizione può difficilmente giustificarsi in quanto la successione di un nuovo Re non interrompe la continuità dell'esistenza del potere regio (confr. n° 255). Così è che la consuetudine ha derogato a questa disposizione. Così alla dotazione della Corona sotto il regno di Vittorio Emanuele fu provveduto con un atto della seconda legislatura, che seguì la sua ascensione al trono e per il regno di Umberto con un atto della terza. Così pure dall'altra parte, mentre nello spirito di quell'articolo si contiene l'immutabilità della dotazione per la durata di un regno, nella pratica essa è stata più volte modificata col variare dei bisogni economici della Corona e delle condizioni finanziarie dello Stato.

---

[1] Confr. Arcoleo, *Il bilancio dello Stato e il sindacato parlamentare*, cit., cap. III.

[2] Confr. le dichiarazioni del ministro Depretis nella Camera dei deputati nella tornata del 14 marzo 1877.

CAPITOLO II.

Attribuzioni della Corona.

§ 1. — *Rapporto al potere legislativo.*

271. — Nella sua espressione più generale, la partecipazione del Re al potere legislativo si riassume nella formula che « il Re è parte del Parlamento, » giusta la vecchia formula inglese, *the King in Parliament.* Mentre le Camere rappresentative sono principalmente la manifestazione degli elementi sociali, il Re rappresenta l'elemento giuridico permanente della sovranità dello Stato. Specialmente poi il Re attua questa sua partecipazione nei modi seguenti:

272. — *a*) *Convocazione* delle Camere, *proroga* delle sessioni, e *diritto di scioglimento* della Camera elettiva (art. 9, Stat.). Il diritto di riunire il Parlamento era naturale che competesse a quella parte di esso che presenta la garenzia di una continuità ed attività non interrotte. Questo diritto ha però un limite, inteso ad impedire che non degeneri nell' arbitrio di tenere indefinitamente chiuso il Parlamento; esso consiste nell'imporre (art. 9 cit.) che la convocazione delle Camere abbia luogo ogni anno.

273. — Indirettamente, ma gravemente, la Corona influisce sul potere legislativo col diritto di prorogare le sessioni. Difatti da un lato la proroga, arrestando come sappiamo il lavoro legislativo al punto in cui si trova, fa cadere quei progetti di legge, che alla Corona non piaccia di portare avanti. Viceversa, poichè per l'art. 56 dello Statuto, un progetto di legge che sia stato rigettato da uno dei tre poteri non può più essere riproposto nella medesima sessione, la proroga ovvia agli

effetti di questo divieto e rende ripresentabile un progetto respinto.

274. — Il diritto di scioglimento con cui la legislatura può terminare prima dello spirare del limite ordinario, è sembrato alle costituzioni repubblicane eccessivo e pericoloso, e ne hanno negato o limitato l'esercizio al Capo dello Stato. Tuttavia esso si giustifica abbastanza con ragioni di politica convenienza, in quanto è un mezzo di dirimere prontamente gli eventuali conflitti tra i grandi poteri dello Stato, interrogando il popolo nei comizi elettorali. Sufficiente garanzia contro i possibili abusi di questo diritto è l'obbligo che il Re ha, in tal caso, di fare in modo che la nuova Camera sia convocata nel termine di quattro mesi (art. 9 cit. in fine).

275. — *b*) Spetta al Re, come ai membri delle due Camere, il diritto di *iniziativa* (confr. n° 196). Ed è naturale che il Re, per la continuità dei suoi poteri e per il fatto che riunisce in sè anche la funzione esecutiva, sia in grado di valutare i nuovi bisogni legislativi o economici dello Stato, sia messo in grado di provvedervi. Il diritto di iniziativa implica naturalmente quello di intervenire nelle sedute del Parlamento; difatti il solo titolo di ministri della Corona permette la partecipazione alle discussioni della Camera (non però di votarvi, quando il ministro d'altronde non ne faccia parte). Anche questo intervento è stato guardato con diffidenza e qualche volta negato al Capo dello Stato dalle costituzioni repubblicane, con grandissimo danno del Parlamento medesimo, privato così di quei rapporti col potere esecutivo, senza i quali è difficile uniformare le nuove leggi ai bisogni del paese, e quasi impossibile un'efficace esercizio della funzione ispettiva.

276. — *c*) Il Re finalmente partecipa al potere legislativo per mezzo della *sanzione*, senza la quale la legge non ha esistenza (art. 7, Stat.). Questo diritto

appare il maggiore tra tutti, anzi quello per mezzo del quale può veramente dirsi che il Re costituisce uno dei tre rami del Parlamento: e ciò spiega come anche rapporto a questo diritto le costituzioni repubblicane siano diffidenti. Ma la portata di esso non è che formale: esso si concepisce e si giustifica per aggiungere solennità alla emanazione di una legge e per non fare che il Capo dello Stato resti estraneo a questo momento supremo della vita dello Stato. Nel fatto però, un tale diritto non ha praticamente importanza, per cui nei nostri precedenti parlamentari non esiste alcun caso di sanzione negata. Nè questo fatto è accidentale; ma ha una ragion d'essere permanente, almeno dato il governo parlamentare. Difatti, poichè la Corona se vuol lasciar cadere un progetto di legge ha il mezzo di prorogare la sessione, e nel caso di dissenso con la Camera elettiva, ha il diritto di scioglierla, bene si comprende che per ottenere un fine analogo non avrà ragione di ricorrere ad un mezzo che sarebbe inutilmente violento, come quello di negare la sanzione.

§ 2. — *Rapporto al potere esecutivo.*

277. — Abbiamo visto come, con generale espressione, l'art. 5 dello Statuto dichiari il Re capo supremo del potere esecutivo. Il medesimo articolo continua con la enumerazione dei modi particolari con cui il Re attua questa sua funzione, e che noi verremo ora esaminando.

278. — *a*) Comando delle forze di terra e di mare. Anche questo diritto si giustifica con una ragione di solennità formale. L'esercito è la manifestazione più saliente della forza esterna dello Stato: e dall'altra parte le normali manifestazioni di questa forza sono possibili solo quando essa è ricondotta ad una rigorosa unità, sia pure simbolica. L'esercizio materiale di que-

sto diritto, soprattutto in tempo di guerra, dipenderà dalle attitudini personali del Re, il quale, quando ne difetti, se ne riferirà praticamente ad un comandante capace. Qui trova un'elegante applicazione il principio da noi precedentemente esposto per cui la responsabilità ministeriale implica sempre una partecipazione cosciente all'atto regio (nº 266). Or siccome una tale partecipazione non può verificarsi, per ragione di incompetenza, riguardo al comando di un esercito in tempo di guerra, così, secondo una corretta consuetudine di cui abbiamo in Italia precedenti, si suole determinare, con apposita legge, chi sarà il responsabile per questa regia prerogativa e cioè, in genere, il capo dello stato maggiore.

279. — *b*) Il Re rappresenta lo Stato nei rapporti con l'estero. Come tale, egli accredita i propri agenti diplomatici, e dirige e regola le relazioni cogli Stati stranieri. Espressione suprema e gravissima di questo diritto è la potestà di dichiarare la guerra. Questa potestà, che può impegnare l'onore, la sicurezza, l'integrità dello Stato, la vita e il patrimonio dei cittadini, è sembrato ad alcuno che sia pericoloso ed eccessivo l'attribuirla senza controllo al solo Capo del potere esecutivo. Ma a parte ogni altra considerazione, il conferimento di questo diritto alla Corona si giustifica dalla necessità. Un'assemblea non può per varie e intuitive ragioni avere direttamente in sua mano i rapporti diplomatici dello Stato, non solo perchè questi spesso implicano necessariamente il segreto, non solo perchè bisogna che s'imprima ad essi quell'unità di concetto che un'assemblea non può dare, ma altresì perchè suppongono un'azione *continua, quotidiana,* mentre l'attenzione di un'assemblea non può essere chiamata sopra un dato argomento che a grandi intervalli. Ora ammesso che i rapporti diplomatici debbono essere esclusivamente affidati al potere esecutivo, bisogna bene

che lo stesso si dica per quanto riguarda la dichiarazione della guerra, la quale non è se non una conseguenza ultima di tali rapporti. Si potrà anche affidare al Parlamento il diritto di dichiarare la guerra; questo diritto sarà illusorio quando il potere esecutivo regola i rapporti diplomatici in modo da rendere inevitabile una guerra. La Camera può intervenire solo con due modi: l'uno e l'altro così poderosi da costituire una garenzia sufficiente. L'uno, diretto, consiste nella concessione dei fondi, i quali bisognerà bene che le siano dimandati; e in quella occasione il Parlamento potrà esprimere il suo giudizio sul grave avvenimento e mettere in chiaro se esso implichi una grave responsabilità del potere esecutivo. L'altro, indiretto, consiste in quel mutuo accordo fra il Gabinetto e il Parlamento, per cui bisogna presumere che le linee fondamentali della politica estera da quello seguita siano conformi ai sentimenti e ai desiderii della rappresentanza nazionale.

280. — Un'altra naturale applicazione e conseguenza dei principii suddetti sta nel diritto che ha la Corona di conchiudere i trattati di pace, di alleanza, di commercio, e in generale che vincolino lo Stato nei rapporti internazionali. Qui però la costituzione sancisce due ordini di garenzie. In generale, di questi trattati bisogna che sia data « comunicazione alla Camera, tosto che la sicurezza o l'interesse dello Stato lo permetta » (art. 5 cit.). È cotesto un diritto di revisione postuma, la quale non potrà togliere efficacia al trattato, che resta valido indipendentemente, ma che dà il mezzo al Parlamento di discutere la convenienza di quell'atto e determinare la responsabilità. Ma, oltre a ciò, quei trattati « che importassero un onere alle finanze, o variazione di territorio dello Stato, non avranno effetto se non dopo ottenuto l'assenso delle Camere. » Qui dunque la partecipazione del potere le-

gislativo si ritiene un elemento essenziale al contratto, una condizione che ne sospende la validità. Questa eccezione si giustifica, da un lato, con la particolare importanza che le Camere hanno in tutti i rapporti economici dello Stato (confr. n° 209); e dall' altro lato, per quanto riguarda la variazione del territorio, sembrò questo un fatto molto grave, e direttamente influente sulla vita dello Stato per richiedere l' intervento della rappresentanza popolare.

281. — *c*) L' art. 6 dello Statuto conferisce al Re il diritto di « nomina a tutte le cariche dello Stato. » Il particolare sviluppo delle varie attività dello Stato implica l' uso di molteplici forze individuali a ciò appropriate e ordinate. Poichè a capo della gerarchia amministrativa sta il Re, è naturale che formalmente gli competa il diritto di scegliere questi vari funzionari subordinati. In pratica però, la portata effettiva di questo diritto va sempre più limitandosi: il numero dei funzionari pubblici è così straordinario, che un criterio personale, sia pure guidato da buone intenzioni, non potrebbe bastarvi, e sarebbe inevitabile l' ingiustizia o l' arbitrio. Così è che molteplici leggi o decreti organici sono venuti successivamente determinando le norme generali per ottenere l' ammissione ai pubblici impieghi e per regolare le promozioni alle cariche superiori. È desiderabile che un tale ordinamento venga completato ed unificato, impedendo, per quanto è possibile, il verificarsi di certi abusi, frequentemente rimproverati alla forma parlamentare, ove, come è naturale, questo diritto di nomina è nel fatto esercitato dai ministri. Un particolare interesse presenta il diritto della Corona alla nomina dei ministri medesimi, di cui anche particolarmente si occupa l' art. 65 dello Stat. Ma siccome esso si connette con la *teoria del Gabinetto*, ne rimandiamo la trattazione (confr. n° 308).

282. — *e*) Compete finalmente alla Corona il *diritto d' ordinanza,* come espressione suprema della funzione esecutiva. Di essa ci occuperemo a parte (confr. appresso cap. III).

§ 3. — *Rapporto al potere giudiziario.*

283. — Stando alla lettera dell' art. 68 dello Stat., il Re non avrebbe semplicemente una partecipazione al potere giudiziario, ma il potere giudiziario medesimo emanerebbe dal Re. Vedremo in seguito come quest' affermazione contenga un errore, ed esamineremo altresì la portata intima del diritto della Corona alla nomina dei giudici (libro VI, cap. I).

284. Il Re dunque partecipa solo in maniera limitata e specifica al potere giudiziario e ciò solamente in materia penale con l' esercizio di *diritto di grazia,* in senso largo e comprendente quindi anche le forme speciali dell'*amnistia* e dell' *indulto.* In vario modo si è cercato di dare un fondamento giuridico a questa prerogativa. Nel Diritto inglese vige una teoria, conservata fino dagli scrittori recenti,[1] la quale, vedendo nel delitto un «turbamento della pace del Re,» applica il principio generale che ogni offeso può perdonare al suo offensore. Ma questa teoria non è accettabile e nella premessa e nelle conseguenze. Il reato viola l' ordine giuridico, la cui esistenza è indispensabile allo Stato ; d' altra parte poi, il principio del condono dell' offesa non è ammissibile nella sfera del diritto punitivo e non può, in generale, impedire che l' azione pubblica abbia il suo corso, e sia seguita da una pena. Nemmeno può accettarsi l' opinione che fonda la grazia sull' equità : dappoichè bisogna presumere che la legge sia equa ed abbia tenuto conto suf-

---

[1] Vedi, per esempio, il Todd, *Governo parlamentare in Inghilterra,* cap. V, pag. 310 della trad. it. (Torino 1886).

ficiente delle ragioni di equità nello stabilire le pene. Nè si può quel diritto fondare sulla *clemenza,* dappoichè questa non costituisce una nozione giuridica. Nè si può dire che la grazia tenda a correggere un errore giudiziario, dappoichè esistono gl' istituti giuridici a ciò appropriati. Pare a noi dunque che non esista un criterio giuridico unico e assoluto che possa giustificare il diritto di grazia, ma sibbene un insieme di ragioni relative e di convenienza. La principale fra esse è che per quanto equa sia una legge, essa non potrà far sì che in certi casi speciali l' applicazione non riesca eccessiva. E dall' altro lato pare conveniente che in una materia così grave e delicata, come l' applicazione di una pena, esista un potere il quale possa prontamente impedire o riparare una punizione che lo spirito pubblico ritiene odiosa. Può, ad esempio, darsi che oramai la coscienza popolare più non creda opportuna la punizione di un dato delitto, o l' applicazione di una data pena: in tal caso prima che l' opera legislativa abbia potuto tradurre questo sentimento in legge è opportuno che, sia pure nel dubbio, l' esistenza di quel sentimento popolare influisca a beneficio del condannato. E finalmente la possibilità di un errore giudiziario, quantunque da sè sola insufficiente a spiegare il diritto di grazia, può valere come ragione concorrente: in quanto l' istituto giuridico a ciò appropriato, onde impedire che l' autorità della cosa giudicata diventi illusoria, richiede giustamente così gravose condizioni, che solo una parte minima degli errori giudiziari può con esso ottenere una riparazione.

285. — Si è discusso se il diritto di grazia si comprenda nella sfera della responsabilità ministeriale o se invece esso faccia parte di quella categoria di diritti, immaginata da una scuola francese, e che si ritiene personalmente esercitata dal Re. Noi in generale

non possiamo accettare questa teoria (nº 320): nè conosciamo alcuna ragione giuridica speciale che si possa addurre in favore di questa pretesa eccezione al Diritto comune. Del resto, pel nostro Diritto positivo, la quistione non può nemmeno farsi, essendo riconosciuto che il diritto di grazia si verifica sotto la responsabilità del ministro guardasigilli. Implicita in questa affermazione è la conseguenza che l'esercizio di questo diritto non sfugge alla discussione, alla critica e alla ispezione del Parlamento. Vero è bensì che l'indole specialissima di questo diritto lo rende per sè stesso poco adatto alla discussione in un'assemblea politica, poichè, dopo tutto, esso suppone l'esercizio di un prudente arbitrio, che si può difficilmente valutare coi criteri politici in un'assemblea prevalenti.

286. — Molto meno sembra conveniente che il Parlamento si faccia promotore di domande di grazia. Nemmeno qui sembra a noi che possa farsi quistione del diritto, il quale potrebbe alle Camere astrattamente competere in virtù della massima generale che esse possono ingerirsi in ogni sfera della pubblica amministrazione. Ma da un lato non sembra corretto il forzare la manifestazione di una prerogativa che suppone una determinazione spontanea. Dall'altro lato, una positiva ingerenza delle assemblee politiche in questa sfera di rapporti costituirebbe un grave pericolo, che disturberebbe il sereno andamento della giustizia, mescolandola con le gare politiche. Ed è quest'ultima la ragione essenziale per cui teoricamente si condanna il deferire ad un'assemblea politica il delicato esercizio del diritto di grazia, come han fatto talune costituzioni per un falso spirito democratico. E l'esperienza ne ha dimostrato i sinistri effetti.

287. — Il diritto di grazia, così generalmente concepito, si attua poi con tre forme: *grazia* in senso stretto,

indulto ed *amnistia*. La grazia suppone un reato particolare ed una pena già ad esso inflitta in virtù di un giudicato: pena che può essere condonata o commutata. L'indulto suppone una categoria generale di condannati: l'amnistia ha invece per effetto l'estinzione di un'azione penale per una generale categoria di reati. Così la grazia come l'indulto si limitano alla remissione delle pene, ma non annullano gli altri effetti della condanna nè riabilitano il condannato.

288. — Per la procedura relativa alla grazia, l'art. 826, Cod. Proc. Pen., si limita a stabilire che la supplica deve essere diretta al Re e presentata al ministro di grazia e giustizia. La consuetudine ha introdotto taluni temperamenti, i quali meglio sarebbe che si rendessero generalmente obbligatorii per via di legge: tali sono le informazioni chieste al pubblico ministero del luogo in cui si verificò la condanna; e, secondo la gravità dei casi, il parere dell'autorità giudiziaria che partecipò alla sentenza, del Consiglio di Stato ed anche del Consiglio dei ministri.

289. — L'amnistia e l'indulto sono accordate per decreto reale e, espressamente per l'amnistia, su proposta del ministro di grazia e giustizia, udito il Consiglio dei ministri. È sembrato ad alcuno che il diritto d'amnistia, non espressamente dichiarato dallo Statuto, abbia anzi una portata incostituzionale in quanto con esso il potere esecutivo può sospendere l'osservanza di una legge. Pare invece a noi che l'espressione dell'art. 8 dello Stat. sia così larga che possa estendersi non solo al condono della pena, ma altresì all'estinzione dell'azione penale, come nel più si comprende il meno. Quanto poi alla generalità del provvedimento, essa è puramente formale, e il Re potrebbe, con altrettanti atti particolari, raggiungere il fine medesimo.

Capitolo III.

Il diritto di ordinanza.

290. — La caratteristica più saliente del potere esecutivo è l'*attività*. Ma sarebbe un grave errore di credere che questa attività sia esclusivamente materiale: essa può anche manifestarsi per mezzo della determinazione di norme astratte, generali ed imperative. In altri termini, il potere esecutivo ha una sua propria *volontà*, che trova una giuridica espressione nel diritto di emanare *regolamenti* e *decreti*, o con frase più generale, nel *diritto di ordinanza*. L'ordinanza è dunque l'espressione della volontà del potere esecutivo, come la legge è l'espressione della volontà del potere legislativo.

291. — Questa posizione astratta della quistione non presenta difficoltà: assai difficile è invece la determinazione positiva e concreta dei limiti che separano la legge dall'ordinanza. Obiettivamente, potrebbe qui riprodursi la distinzione posta a proposito della funzione legislativa, e dire che tutte le generali manifestazioni della volontà dello Stato le quali non abbiano per contenuto una dichiarazione di norme giuridiche, costituiscono un atto del potere esecutivo e possono essere emanate per mezzo di ordinanze. Ma noi sappiamo come il senso costituzionale della parola *legge* sia assai più largo (nº 183) ed abbracci anche atti i quali, in sè considerati, apparterrebbero al potere esecutivo. Bisogna dunque ritenere, in conseguenza di ciò, che un criterio positivo per la determinazione della sfera del diritto di ordinanza non esiste,[1] e si può solo determi-

[1] Affatto insufficiente è il concetto che ne dà il nostro Statuto: « il Re.... fa *i decreti e regolamenti necessari per l'esecuzione delle*

narla per via di esclusione, enumerando cioè quegli atti i quali il potere esecutivo *non può compiere,* ma è, invece, necessario che si traducano in *leggi.*

292. — Questi *limiti* del diritto d'ordinanza, risultano essere i seguenti:

1) Tutte le norme che hanno un contenuto giuridico, debbono essere regolate per legge;

2) Lo stesso si dica per tutti quei provvedimenti che hanno una portata finanziaria qualsiasi, tanto nel senso di imporre una tassa al cittadino, quanto nel senso di imporre un onere alle finanze dello Stato;

3) Così pure per tutti quei provvedimenti, quale che sia la loro indole, che possano scemare alcuno dei diritti di libertà (confr. libro VII, cap. II e segg.) che la costituzione garantisce al cittadino;

4) Così finalmente per tutte quelle materie le quali sono già state regolate per legge e che non possono essere modificate se non per via di legge.

293. — Fermati questi criteri negativi, potremo meglio formarci un'idea della sfera giuridica che è propria al diritto di ordinanza. Essa abbraccia le materie seguenti:

a) Determinazione di tutte quelle norme necessarie per l'attuazione di una legge. Questa facoltà trova riscontro nell'art. 6 dello Statuto e nell'indole propria del potere esecutivo, a cui spetta l'attuazione delle leggi e quindi anche la scelta dei mezzi per conseguire un tal fine. Il naturale limite di questa facoltà è la legge medesima, che il regolamento deve semplicemente applicare e svolgere, non potendo non solamente derogarvi, ma nemmeno aggiungervi o pretendere di in-

---

leggi, senza sospenderne l'osservanza o dispensarne » (art. 6). Parrebbe che nel concetto dello Statuto il decreto non servirebbe che a rendere possibile l'esecuzione delle leggi, mentre nel fatto, indiscutibilmente, assai più larga è la portata di quello.

terpetrarne autenticamente qualche passo.[1] Diverso è il caso in cui il potere esecutivo, per espressa delegazione avutane dal potere legislativo, completa la legge, più o meno largamente, in qualche parte di essa. Qui non siamo più nel campo della funzione esecutiva, ma bensì legislativa, giusta quanto altrove osservammo (nº 171).

294. — *b*) In secondo luogo può dirsi, con espressione larghissima, che per mezzo del diritto di ordinanza il potere esecutivo *organizza tutti i pubblici servizi*, conformemente al suo fine. Però qui il limite è duplice. In primo luogo quello derivante dalla ragione finanziaria, che trova la sua espressione suprema nella *legge del bilancio*. La libertà del potere esecutivo si contiene non solo nel limite dell' osservanza generale della spesa assegnata, ma altresì della maniera con cui questa spesa è distribuita in virtù del *principio di specialità*, su cui la legge del bilancio si fonda (nº 218). Dall' altro lato, anche a parte questo criterio, il potere esecutivo non può modificare una materia in cui esso sarebbe competente, ma che fu già regolata per legge (art. 6 cit. in fine). Poniamo pure che un provvedimento non abbia alcun contenuto giuridico, e non implichi alcun onere finanziario dello Stato; se tuttavia esso altra volta fu regolato con legge, esso non potrà essere innovato se non con legge.

295. — Dalla esposizione dei suddetti principii chiaramente si rileva come i limiti che separano la legge dall' ordinanza, se possono in certo modo fissarsi con determinati criteri giuridici, sono d' altra parte soggetti a variazioni, determinate da criteri politici. Basta che il principio di specialità si applichi più o meno larga-

[1] Quando ciò avvenga, il potere giudiziario potrà rifiutare applicazione a quella parte del regolamento contraria alla legge (confr. nº 353).

mente, o che un Parlamento si mostri animato da maggiore o minore diffidenza verso il potere esecutivo, più o meno largo sarà il campo delle materie che il diritto di ordinanza potrà regolare. Come principio generale può dirsi che una eccessiva ingerenza da parte del potere legislativo è dannosa e nociva così all' uno come all' altro dei due poteri. Difatti mentre da un lato il potere esecutivo verrà inceppato e perciò indebolito, dall'altro lato poi certamente avverrà che quanto più all' azione esecutiva saranno segnati i limiti in virtù di leggi, tanto minore sarà la responsabilità ministeriale, e tanto meno efficace riuscirà l' esercizio della funzione ispettiva. Un' applicazione rigorosa poi dei principii che abbiamo esposti ovvierebbe a molte difficoltà e scioglierebbe molti dubbi. Così, per esempio, rapporto alla questione recentemente così dibattuta in Italia se, in virtù di un decreto, si possano sopprimere o creare nuovi ministeri. Certo, cotesta di organizzare i pubblici servizi è un' attribuzione del potere esecutivo, come superiormente abbiamo visto: ma dall' altro lato non può negarsi che questa istituzione o soppressione abbia, sia pure mediatamente, effetti finanziari, e che per questo riguardo la materia ricada nei limiti della competenza parlamentare.

296. — Se i vari limiti del diritto di ordinanza si volessero riassumere in una espressione unica, potrebbe dirsi che essi sono segnati dalla *legge* (nel senso costituzionale della parola). E la sanzione di questo principio sta in ciò, che l' efficacia giuridica dell' ordinanza è subordinata all' osservanza della legge. Qui, come si vede, sta una differenza essenziale fra queste due maniere diverse, onde si esprime la volontà dello Stato. L' obbedienza alla legge deve essere *assoluta:* nessuna ragione può giustificarne l' inosservanza. Il comando del potere esecutivo invece è osservato solo in quanto con-

forme alla legge. E la sanzione del principio si attua, nei rapporti finanziari, per mezzo della Corte dei Conti (nº 220); in rapporto ai diritti dei cittadini, per virtù della difesa giurisdizionale che ad essi compete e per cui il potere giudiziario ha il diritto e il dovere di negare applicazione ad un'ordinanza del potere esecutivo, che sia contraria alla legge (nº 354).

297. — A questa materia si connette un *diritto eccezionale per causa di necessità pubblica*, che può permettere al potere esecutivo di oltrepassare quei limiti, superiormente esposti, e di prendere, da solo, qualsiasi grave provvedimento, quando la salute pubblica lo esiga. Il nostro Statuto non accenna a questo diritto: ma la sua ragion d'essere è troppo obiettiva per potere essere negata. *Salus publica suprema lex:* nello Stato come negli individui la conservazione della propria esistenza è una ragione che può scusare la infrazione di qualsiasi regola giuridica. Quando un simile caso si presenti e il potere legislativo non possa essere interrogato, non solo perchè eventualmente disciolto, ma anche perchè la rapidità dell'azione non permette gl'indugi propri di un'assemblea deliberante, il potere esecutivo non solo potrà ma dovrà assumere la responsabilità di quest'azione. È però naturale che il presupposto di questo diritto è un'assoluta necessità e non già una semplice convenienza: se così non fosse, quando il Parlamento è chiuso, il potere esecutivo potrebbe arrogarsene tutti i diritti col pretesto che una legislazione spedita è più utile allo Stato. Il Diritto costituzionale ha quindi affermata una sanzione che garantisca il concorso di questi elementi, la quale può essere efficace, quantunque per sua natura necessariamente postuma. Ed essa sta in ciò, che, appena cessata la necessità urgente, non solo debba tornare in vigore il Diritto comune, ma l'atto del potere esecutivo, che oltrepassò i limiti della pro-

pria autorità, debba essere sottoposto al Parlamento, che valuterà allora se davvero abbia avuto luogo il concorso di quelle ragioni che giustificano quell'atto, ed accorderà o negherà la sua approvazione (*Bill d' indennità*).

298. — I precedenti di un siffatto esercizio di poteri eccezionali conferiti al governo non mancano nel nostro Diritto, specialmente nei primi anni della costituzione del Regno, quando ancora i servizi pubblici non si erano accordati con la nuova forma di governo e lo Stato versava in penose necessità. Vige altresì fra noi la consuetudine che in tali casi si richieda al Parlamento un *Bill d' indennità*, il quale forse, specialmente in qualche occasione recente, è stato conceduto con larghezza soverchia.

Capitolo IV.

Governo di Gabinetto.[1] — *A)* Caratteri e meccanismo.

299. — Il Gabinetto è la caratteristica della forma di *governo parlamentare*, e questa, alla sua volta, è la forma ultima di sviluppo finora raggiunto dalla forma rappresentativa, in antitesi alle altre costituzioni moderne, che sono rimaste semplicemente rappresentative. Se si vuole con espressione sintetica fermare la distinzione fra queste due forme, noi diremmo che essa sta in ciò, che nel governo parlamentare, la funzione dei singoli capi del governo, ridotta ad unità organica (*Gabinetto*), ha non solo un' importanza *amministrativa*, come nell' altra forma, ma anche *costituzionale*,

---

[1] Confr. Arcoleo, *Il Gabinetto nei governi parlamentari* (Napoli, 1881).

e serve ad integrare la nozione dell'autorità del Capo dello Stato in quanto assume la *responsabilità degli atti di esso,* ed in quanto attua una permanente armonia tra la Corona e il Parlamento. Per quanto riguarda la giustificazione dei vari elementi di questa definizione e la critica degli altri concetti da essa difformi, ce ne riferiamo al proseguimento del nostro studio.

300. — Nel Diritto pubblico inglese sono venuti svolgendosi i caratteri fondamentali del governo di Gabinetto. Essi si riducono ai tre seguenti:

1) L'unanimità politica dei membri che lo compongono. Quest'accordo non è necessario là dove i ministri non hanno un carattere costituzionale: l'unità del governo in questo caso ha la sua diretta espressione nel Capo dello Stato. Il Gabinetto invece, avendo il cómpito di sovraintendere all'indirizzo generale del governo, bisogna che si fondi sull'omogeneità politica dei suoi membri (*idem sentire de republica*);

2) Come effetto della collettività dell'azione ministeriale, l'origine e la fine di ogni Gabinetto implicano simultaneamente l'origine e la fine dell'autorità dei singoli ministri;

3) Finalmente la esterna espressione di questa rigorosa unità e la maniera onde essa continuamente si mantiene in tutta l'azione governativa, è l'istituzione di un *primo ministro,* che è il capo del Gabinetto, e che ne rappresenta l'unità in antitesi alla varietà dei singoli dicasteri.[1]

301. — Che il Gabinetto ripeta direttamente la sua origine dal Capo dello Stato, è un principio essenziale, potrebbesi dire, in ogni forma di governo, ed è espressamente sancito nel nostro Statuto, che conferisce al

---

[1] Confr. gli art. 3-8 del R. decreto sulle attribuz. del Cons. dei min., cit. a nº 315.

Re il diritto di nominare e revocare i suoi ministri (art. 65, Stat.). Ma questo diritto nella forma parlamentare ha un limite ancor esso essenziale, inteso ad attuare quella caratteristica che abbiamo visto essere propria del governo di Gabinetto, cioè di mantenere una costante armonia tra la Corona e il Parlamento. Qui più che mai la materia del nostro studio diventa delicatissima e la determinazione di criteri assoluti ed astratti sempre più difficile. L'ingerenza parlamentare sul governo del Gabinetto trova la sua espressione giuridica suprema nella funzione ispettiva che la Camera esercita sopra ogni atto di esso e che sappiamo potersi spingere fino all'accusa. Ciò basterebbe a mostrare come un disaccordo costante ed un'aperta sfiducia tra il Gabinetto e il Parlamento renderebbe impossibile l'azione governativa. L'armonia, che dunque è necessaria, si raggiunge, ordinando un modo adeguato con cui da un lato il Gabinetto si forma e dall'altro si dimette (*crisi di Gabinetto*).

302. — Le cause di crisi di Gabinetto possono essere affatto indipendenti dalla situazione parlamentare e la crisi si chiama allora extra-parlamentare. Due possono essere le cause di tal genere. In primo luogo la *morte del primo ministro*: [1] ciò consegue dal principio, che abbiamo posto, cioè che l'unità del Gabinetto si riassume nel capo di esso. In secondo luogo la *morte del Capo dello Stato*. La consuetudine inglese non ammette questa causa di crisi, in applicazione del principio che il Re non muore mai. Tuttavia, siccome questo principio non toglie che, malgrado la esterna continuità dell'istituzione, la persona del Re muti, crediamo più corretta la consuetudine opposta, che vige in Italia.

[1] Nei trenta Gabinetti che dal 1782 al 1880 si sono seguiti in Inghilterra questa causa di crisi si è verificata sette volte. In Italia una sola volta.

303. — Altre cause di crisi possono altresì chiamarsi extra-parlamentari, perchè immediatamente non dipendono dal Parlamento, ma si distinguono dalle prime, perchè hanno una ragione politica. Esse sono: *il disaccordo tra la Corona e il Gabinetto,* disaccordo che può produrre o la dimissione volontaria, come avvenne pel Ministero Cavour nel 1859, o il congedo da parte del Re, come avvenne pel Ministero Minghetti nel 1864. Questa maniera di crisi trova la sua sufficiente giustificazione nel fatto che il Gabinetto rappresenta la Corona, e sarebbe inconcepibile che esso potesse governare in disaccordo col Capo dello Stato. Bene è vero che questa forma si presenta eccezionale e suppone gravi momenti nella vita pubblica, nei quali la Corona, interpetrando con sovrano apprezzamento la situazione politica, crede necessario che sia mutato l'indirizzo del governo.

304. — Una seconda causa di crisi extra-parlamentari, ma tuttavia politiche, sta nel *dissenso manifestatosi tra i membri del Gabinetto,* di cui abbiamo in Italia parecchi precedenti (dimissioni del Ministero De-Launay nel 1849, del Ministero D'Azeglio nel 1859, del Ministero Cairoli nel 1879, del Ministero Depretis nel 1883). Questa ragione di crisi discende altresì dal principio della omogeneità politica del Gabinetto.

305. — Vengono finalmente le cause di crisi che più propriamente possono dirsi *parlamentari.* Esse suppongono il principio generale dell' accordo fra il Parlamento e il Gabinetto; ma la valutazione specifica se quest' accordo vi sia o pur no e i modi di constatarlo variano indefinitamente da caso a caso. La forma tipica con cui il disaccordo può manifestarsi è una risoluzione di sfiducia che la Camera vota contro il Ministero: ma non mancano altre forme che possono raggiungere un fine analogo come la reiezione di un progetto di legge

di cui il Ministero abbia fatto *questione di Gabinetto,* e qualche volta persino la elezione ad una carica parlamentare di una persona avversa al Ministero. Ma dall'altro lato può uno di questi casi verificarsi, e il Ministero restare al potere, ritenendo che, ciò malgrado, esso continui a godere la fiducia della Camera, o, viceversa, la crisi può verificarsi anche quando il Ministero sia rimasto vittorioso, ma la vittoria sia stata ottenuta a tali condizioni che dimostrano che il Ministero non ha nel Parlamento una fiducia sufficiente per poter governare.

306. — A questo tipo di crisi parlamentari si può riferire il caso in cui, fattesi le elezioni generali sia in seguito ad anticipato scioglimento della Camera per elezione politica, sia anche per la fine normale della legislatura, risulta dalle elezioni una maggioranza ostile al governo. In questo caso è prevalsa in Inghilterra la consuetudine, che ci sembra corretta, per cui, verificatosi il caso, il Ministero rassegna senz'altro le sue dimissioni. In Italia invece si suole aspettare che la Camera si riunisca e si manifesti ostile al Gabinetto con atti concreti.

307. — Quando intanto la sfiducia del Parlamento verso il Gabinetto sia anche apertamente manifesta, la crisi non ne è una conseguenza assolutamente indispensabile. Una consuetudine parlamentare non controversa dà alla Corona il diritto, valutata la situazione politica, di conservare il Gabinetto al potere e di sciogliere la Camera. Viene così interrogato il popolo nei comizi elettorali, perchè dia un giudizio definitivo sulla controversia. Che se la nuova Camera conferma la sfiducia nel Ministero, la corretta consuetudine vuole che ne segua la dimissione del Gabinetto. Certo nemmeno in questo caso può, a stretto rigore di diritto, negarsi alla Corona la facoltà di sciogliere nuovamente la Camera; ma è

cotesto certamente un *summum ius*, per il quale il sistema parlamentare viene a mancare di uno dei suoi principii essenziali, cioè l'accordo fra i poteri pubblici dello Stato, e se il rifiuto ad ottemperare alle chiare manifestazioni delle elezioni politiche continuasse a ripetersi, ne verrebbe uno stato di cose non normale nè legittimo. Sicchè questa deviazione dalle rette norme parlamentari può solo giustificarsi da supreme ragioni di interesse pubblico, per cui i capi del governo assumerebbero una grave responsabilità.

308. — Verificatasi la crisi, succede naturalmente il momento della *formazione del nuovo Ministero*.[1] Qui la consuetudine ha fatto un'importante applicazione del principio dell'unità politica del Gabinetto. Difatti la scelta della Corona, che determina la formazione del nuovo Ministero, non si riferisce alla designazione dei singoli ministri, ma bensì solo a quella del *primo ministro*. Esso rappresenta l'indirizzo generale del nuovo governo, ed esso qualificherà politicamente il nuovo Gabinetto. Dunque la soluzione della crisi dipenderà essenzialmente da questa scelta. Quanto ai capi dei singoli Ministeri è meglio lasciarne la scelta a colui che dovrà averli compagni nell'opera governativa; e così si otterrà un Gabinetto più compatto e più subordinato.

309. — Quali criteri devono governare la scelta del primo ministro? Anche qui bisogna tener presente l'indole delicatissima e speciale di questo argomento per cui la dichiarazione assoluta e perentoria di un principio può riescire erronea e pericolosa e snaturare la vera indole di questi rapporti. Certo, dato il principio dell'accordo fra il Gabinetto e la Camera, può in generale asserirsi che la scelta del Re debba cadere su chi

---

[1] Confr. Palma, *La prerogativa regia nei cambiamenti dei Min. in Italia*, nelle *Quest. C.*, cit., cap. I.

si presume che potrà godere la fiducia del Parlamento. Ma anche restando nei limiti di questo caso e supponendo che chiaro sia nella Camera il nuovo indirizzo che la maggioranza di essa desidera, la prerogativa regia ha sempre l'importante e difficile cómpito di scegliere la persona più idonea ad attuare quest'indirizzo. Oltre però questo caso semplice, altri se ne possono dare più complessi. Non sempre la situazione reciproca dei partiti politici può dirsi chiara: da ciò la necessità di accertare in qual modo potrà costituirsi un governo che risponda veramente ai desiderii di una maggioranza, ancora non chiaramente delineata. Onde qui trovano luogo i così detti *Ministeri di coalizione* che mirano a costituire una nuova maggioranza dall'unione di gruppi diversi.

310. — E può finalmente darsi il caso in cui, pure essendo chiaro l'indirizzo voluto dalla maggioranza, la Corona creda di scegliere il capo del Gabinetto tra la minoranza. Questo è giuridicamente e politicamente corretto, sia perchè la Corona si convinca che la maggioranza numerica non ha quella coesione necessaria per sostenere un governo, sia perchè ritenga che essa non corrisponda coi bisogni dello Stato e ai sentimenti del popolo. Però tanto nell'uno che nell'altro caso sarà necessaria conseguenza lo scioglimento della Camera e la convocazione dei nuovi comizi elettorali.

311. — Si è disputato se, data la forma normale del governo di Gabinetto, la Corona abbia o pur no l'obbligo di scegliere i ministri tra i membri del Parlamento. La quistione ha due aspetti, l'uno giuridico, l'altro politico. Giuridicamente, nulla vieta che il ministro possa non essere membro del Parlamento, almeno in quegli Stati, come in Italia, in cui la sola qualità di ministro basta per essere ammesso a discutere in Parlamento; si comprende dall'altro lato come in Inghilterra la questione sia stata risoluta nel modo opposto, dappoichè

quivi il Gabinetto non avendo un riconoscimento nella legge positiva, il ministro che non fosse membro nè dell' una nè dell' altra delle due Camere non avrebbe modo di venire in rapporto col Parlamento. Politicamente invece, s' intende e si giustifica come in generale tutti i ministri siano membri del Parlamento, dappoichè può dirsi che tutta la vita politica della nazione si riassuma nel Parlamento, e il Gabinetto bisogna bene che di uomini politici si componga.

312. — Queste considerazioni ci schiudono l' adito a valutare la costituzionalità dei così detti *Ministeri extra-parlamentari*. Il presupposto di essi è che la situazione politica non essendo affatto chiara, e lo stato dei partiti politici rendendo impossibile il governo di un Gabinetto esclusivamente fondato su di essi, si formi un Gabinetto, privo di un determinato carattere politico, e scelto fra persone che non hanno un carattere partigiano nettamente determinato, quindi a preferenza fuori del Parlamento. Non può dubitarsi che la facoltà di nominare tali Gabinetti, i quali in tutto il resto non derogano ad alcuno dei principii della forma parlamentare, sia compresa nella regia prerogativa. Non così può dirsi dei così detti *Ministeri d' affari*, i quali si presentano al Parlamento coll' esclusivo carattere di un insieme di funzionari subordinati al Capo dello Stato, escludendo in tal modo o attenuando il principio della responsabilità ministeriale.

CAPITOLO V.

B) **Costituzione ed attribuzioni del Gabinetto.**

313. — In generale può dirsi che l' indole delle attribuzioni dei ministri è di duplice maniera. In primo

luogo esse sono attinenti all'ordine strettamente costituzionale: ed in questo senso diremo brevemente che spetta al Gabinetto l'attuazione ed esplicazione dei vari poteri della Corona, così in rapporto al potere legislativo, come esecutivo e giudiziario. Una particolare enumerazione dei poteri del Gabinetto è dunque da questo lato superflua, poichè essi sono perfettamente correlativi a quelli della Corona, cui i ministri partecipano nel modo che s'è detto (nº 266) e di cui rispondono dinanzi al Parlamento. Inoltre però i ministri fanno altresì parte della *gerarchia amministrativa* di cui sono i capi: però la transitorietà del loro ufficio, le preoccupazioni politiche da cui non possono completamente affrancarsi, la loro eventuale incompetenza nella materia cui presiedono, che può qualche volta essere assoluta,[1] fanno sì che in un perfetto tipo di governo parlamentare l'ingerenza del ministro nella sfera amministrativa dovrebbe limitarsi ad imprimere l'indirizzo generale, e a mantenere la formale unità dei pubblici servizi, mantenendo distinte, il più gelosamente che sia possibile, la politica dall'amministrazione.

314. — Per ottenere questo fine, l'ufficio del ministro dovrebbe altresì tenersi, con ogni cura, distinto da quello di funzionario dell'amministrazione attiva. Perciò non dovrebbero esistere altri dicasteri se non che quelli in cui effettivamente l'attività dello Stato si divide secondo distinzioni fondamentali, nelle quali si concepisce che possa darsi l'uno o l'altro indirizzo politico, e non già in quei rami di servizi pubblici che si limitano all'applicazione di leggi organiche, cui la politica è in

[1] Così si son visti avvocati nominati ministri della guerra o della marina: la qual cosa è stata obietto di una delle critiche mosse al governo parlamentare, mentre essa può naturalmente avvenire e riuscire anche benefica, purchè sia rettamente inteso il fine cui l'autorità dei ministri è ordinata, cioè di *dirigere* più che di *amministrare*.

gran parte estranea. L'Inghilterra si è attenuta al primo principio: in Francia invece e in parte anche in Italia si sono creati Ministéri che apparterrebbero al secondo tipo come quello del tesoro diviso da quello delle finanze, quello dell'istruzione pubblica, dei lavori pubblici, e persino delle poste e telegrafi. Quest'ultima tendenza si giustifica da ciò che un Gabinetto composto di un numero troppo limitato di ministri non può avere, come si dice, una sufficiente base parlamentare, mentre la istituzione dei così detti ministri senza portafoglio non ha potuto fra noi attecchire, poichè ha l'aria di una *sine cura* e non lusinga l'amor proprio degli uomini politici.[1]

315. — I particolari, circa l'azione amministrativa dei ministri, fanno parte del Diritto amministrativo. Una importanza costituzionale ha invece la quistione della collettività o singolarità dell'azione. Astrattamente, la distinzione è ovvia. Noi sappiamo come il Gabinetto costituisca un'organica unità, la quale perchè sia possibile, bisogna che in certe materie, appunto perchè il Gabinetto è solidale, un singolo membro di esso non abbia una libertà di azione incondizionata, ma bensì debba riferirsi ad una deliberazione presa collettivamente da tutti i ministri. Dall'altra parte però si comprende come questo principio non possa spingersi al punto da annullare affatto ogni iniziativa individuale del ministro, in quanto questo ha un proprio dicastero da reggere. Questa distinzione è stata nel Diritto pubblico nostro attuata per mezzo dei decreti organici del 21 dicembre 1850 e 25 agosto 1876, il quale ultimo particolarmente ha determinato le attribuzioni della presidenza del Consiglio, cui incombe mantenere l'unità

[1] In Inghilterra invece si può rivestire la qualità di ministri, occupando cariche di futile importanza pratica, che si assomigliano in un certo modo all'idea di Ministeri senza portafoglio.

d' indirizzo, ed ha pure determinate quali materie debbono deliberarsi o proporsi in Consiglio dei ministri. Per l' art. 1 di quest' ultimo decreto sono sottoposte a deliberazione del Consiglio dei ministri le questioni di ordine pubblico e di amministrazione generale; i progetti di legge da presentare al Parlamento, dei decreti organici, dei trattati internazionali e le questioni che ne dipendono; i conflitti di attribuzione fra i Ministeri diversi; le petizioni rinviate dal Parlamento; le quistioni attinenti alle relazioni fra Stato e Chiesa; le nomine alle alte cariche dello Stato (senatori, consiglieri di Stato, della Corte dei Conti, prefetti, capi delle amministrazioni centrali ec.). Per l' art. 2 saranno proposti in Consiglio i progetti di regolamenti, dei decreti che risolvono i ricorsi fatti al Re, le richieste di registrazioni con riserva, le proposte di estradizione.

Capitolo VI.

C) Responsabilità ministeriale.[1]

316. — L' istituto della *responsabilità ministeriale* non va confuso con quell' altro, non solo più generale, ma per sua natura diverso e che riguarda la così detta *responsabilità dei pubblici funzionari*. La portata di quest' ultima questione concerne i rapporti d' indole patrimoniale, che possono stabilirsi fra lo Stato, i funzionari di esso ed un privato, per ottenere il risarcimento di un danno che quest' ultimo abbia sofferto per un fatto illegittimo dal funzionario medesimo. In quanto il ministro è altresì un funzionario dell' ordine esecutivo, potrà anche in rapporto a lui porsi la questione di tale

---

[1] Confr. Bonasi, *Della responsabilità penale e civ. dei ministri*, ec. (Bologna, 1874).

maniera di responsabilità, la quale però, in questo come in tutti gli altri casi analoghi, resta contenuta entro la sfera in parte del Diritto amministrativo in parte del Diritto comune e forma obietto dello studio di queste scienze.

317. — L' istituto della responsabilità ministeriale invece rientra esclusivamente nella sfera costituzionale; deriva dal carattere politico che i ministri rivestono in rapporto al generale andamento della cosa pubblica e costituisce il complemento necessario della irresponsabilità del Capo dello Stato. Così chiaro apparirà come quest' istituto sia una caratteristica propria della forma parlamentare in antitesi con quella presidenziale o semplicemente rappresentativa [1] (confr. nº 299). Quivi può veramente dirsi che i ministri sono esclusivamente funzionari dell' ordine amministrativo, i quali agiscono sotto la subordinazione assoluta del Capo dello Stato, e la loro responsabilità può quindi essere solo di ordine amministrativo.

318. — Questa materia, che è una delle più difficili e controverse della materia nostra, sarà da noi trattata con l' ordine seguente. Distingueremo prima il lato meramente teorico della questione, ricercando in primo luogo a quali atti si estenda la responsabilità, la diversa maniera di essa, a quali persone si applichi, la specialità della competenza per giudicarla. Diremo poi i precedenti del nostro Diritto positivo.

319. — I. E prima di tutto, a *quali atti* si estenda

---

[1] Troviamo, in verità, che in Inghilterra questo diritto fu esercitato dalla Camera dei Comuni, anche prima che la forma parlamentare si stabilisse. Ma una tale considerazione storica, riposta sopra un' anormalità, non solo non contraddice, ma conferma la nostra teoria, poichè appunto l' esercizio di quel diritto risponde al periodo della lotta fra il Parlamento e la Corona, da cui, in definitiva, venne fuori il sistema parlamentare.

la responsabilità. Dalla semplice nozione dell'istituto sorge evidente che esso non riguarda le azioni meramente personali del ministro in rapporto alle quali questi può considerarsi come un privato: così se il ministro si renda colpevole di un reato comune o se s'intenti da un privato una azione contro il patrimonio di esso. Questo principio non dà luogo a difficoltà; ma che dire di quegli atti dal ministro compiuti con pubblica qualità, non però referentisi all'ordine costituzionale, ma bensì amministrativo? Se si vuol essere rigorosi bisognerà dire che neppure qui occorra un caso di responsabilità ministeriale, bensì l'altro che abbiam visto diverso, e appartenente all'ordine amministrativo (nº 316).

320. — Si può quindi dire che la responsabilità ministeriale trova luogo in rapporto a tutti quegli atti di ordine costituzionale, costituenti le funzioni della Corona che i ministri coprono appunto con la responsabilità loro. Ma li comprenderà tutti? Qui una scuola francese vorrebbe distinguere taluni poteri *personali* della Corona (diritti maiestatici) in rapporto ai quali quindi non avrebbe luogo la responsabilità dei ministri: si citano come esempi di tali poteri il comando delle forze armate, la nomina dei ministri, lo scioglimento della Camera elettiva, il diritto di grazia. Una tale teorica è inaccettabile. Essa parte da un falso presupposto, di volere cioè garentire una sfera di azione *personale* al Re costituzionale. In ciò appunto sta l'equivoco, nel confondere cioè l' *irresponsabilità* con la *inattività* personale del Monarca. La portata di quel principio della regia irresponsabilità è esclusivamente giuridica, nè esclude nel fatto che l'azione personale del Re si spieghi non solo in rapporto a quei pretesi diritti maiestatici, ma in rapporto a tutti gli atti di governo nei quali il Re ha il diritto e il dovere di partecipare col suo consiglio (nº 267).

321. — Così la distinzione della scuola francese, in quanto vuole salvaguardare la dignità della Corona, non solo non ha ragion d'essere, ma riesce al fine opposto. Non resta quindi che applicare quel principio generale che vuole il Capo dello Stato irresponsabile, (nº 263). Certo, esiste un limite di fatto ed è quando in un atto della Corona non può, per l'indole medesima di esso, intervenire un consiglio del ministro: e quando questo manca, per una tale ragione di fatto, non può parlarsi di responsabilità. Così è pel comando delle forze armate: ma abbiamo visto come in tali casi eccezionali si riesca sempre a salvare il principio della irresponsabilità della Corona senza dar luogo alla responsabilità del Gabinetto (confr. nº 278). Per quanto riguarda il diritto di scioglimento della Camera e il diritto di grazia, esso si verifica col concorso di un dato Gabinetto o di un dato ministro, e possono quindi applicarsi i principii generali della responsabilità. Si è invece dubitato in rapporto alla nomina dei nuovi ministri. Si è detto che è ingiusto rendere responsabili i ministri uscenti di un fatto che ha per l'appunto estinta l'autorità loro e a cui essi sono estranei; nè si può dall'altro lato chiamar responsabili i ministri nuovi di un fatto verificatosi quando essi mancavano di tale qualità. La difficoltà a noi sembra più apparente che reale. Bisogna distinguere il lato formale dal lato sostanziale dell'atto. Per quanto riguarda la esterna regolarità del decreto che nomina i nuovi ministri (ciò che nel fatto ha una lievissima importanza) è naturale che siano responsabili quei ministri, che controfirmarono quel decreto, cioè i ministri uscenti. Che se poi si abbia riguardo alla intrinseca costituzionalità dell'atto, alla convenienza o legalità della nomina, noi troviamo perfettamente giuridico che la responsabilità gravi sui nuovi ministri, nell'accettazione dei quali si riscontra

la consumazione dell'atto politicamente o giuridicamente irregolare, e siccome questa accettazione è certamente volontaria, non sarà ingiusto il chiamarneli responsabili.

322. — II. *Maniere di responsabilità.* Si distingue la responsabilità *politica* dalla *penale,* la quale ultima corrisponde poi all'idea di responsabilità in senso stretto. Il concetto della distinzione sta in ciò, che la responsabilità politica si riferisce alla maggiore o minore convenienza di un dato atto o anche in generale dell'indirizzo del governo, e che, per malafede o incapacità, può per avventura apparire dannoso per lo Stato, o anche politicamente sleale. Se invece l'atto dei ministri non è soltanto sconveniente ma contiene un elemento delittuoso, ledendo l'ordinamento giuridico dello Stato, violando le leggi e la costituzione, abusando dei poteri legalmente determinati, in questi casi sottentra l'idea della responsabilità penale. Sanzione della prima maniera di responsabilità è la *censura,* che può essere inflitta dal Parlamento, e che può avere per conseguenza la dimissione del ministro o dell'intero Gabinetto (n° 203). Sanzione della responsabilità penale è l'accusa promossa dalla Camera dei deputati, e a cui può seguire una condanna da parte del magistrato competente (confr. n° 240 e più sotto n° 325).

323. — III. A *quali persone* si estenda la responsabilità. L'espressione «ministri» potrebbe dar luogo a qualche equivoco, dappoichè essa può anche indicare una semplice carica onorifica (come è ora in Italia pei così detti ministri di Stato) o le persone che presiedono all'amministrazione della Casa Reale. In Italia, dove la nozione di Gabinetto, diversamente dall'Inghilterra, forma parte del Diritto pubblico riconosciuto, si può con certezza asserire che la responsabilità ministeriale si estende e si limita a tutti i *membri del Gabinetto,*

quindi anche ai così detti ministri senza portafogli per quegli atti per cui è responsabile l'intero Gabinetto.

324. — I ministri possono essere responsabili o per gli atti da essi *personalmente* compiuti o anche *collettivamente* per gli atti che impegnano la responsabilità di tutto il Gabinetto. Quali siano questi ultimi atti non è più, pel nostro Diritto, una grave ragione di incertezza, in quanto essi sono determinati in quel decreto organico, che determina le attribuzioni del Consiglio dei ministri (nº 315). Questa responsabilità collettiva è una conseguenza rigorosa ma giusta, che si trae dal principio dell'*unità del Gabinetto*, con una deroga al Diritto comune, stando al quale dovrebbe essere permesso, al fine di essere esonerati da una responsabilità penale, che si provi di non aver *voluto* l'atto lesivo del Diritto. Il ministro invece, quand'anche risulti che si sia opposto all'atto di cui il Gabinetto è chiamato collettivamente responsabile, non sfuggirà alla pena, tranne che egli, in seguito alla deliberazione e prima della consumazione dell'atto, non si sia dimesso.

325. — IV. Quanto al *giudizio*, nei casi di responsabilità penale, troviamo nella generalità delle costituzioni moderne una doppia deroga: la prima in rapporto all'accusatore, la seconda in rapporto al giudice. L'accusa deve essere promossa dalla Camera dei deputati (Stat. it., art. 47), il quale limite si giustifica per elevate ragioni di ordine giuridico e politico, non potendosi ammettere che il pubblico ministero, parte del potere esecutivo, possa promuovere un'azione penale contro i suoi superiori diretti, nè potendosi dare ad ogni cittadino il diritto di tradurre dinanzi un magistrato, sotto il peso di un'accusa, i capi del governo, i rappresentanti della Corona. E si giustifica altresì la specialità della giurisdizione non solo per la speciale solennità del giudizio, ma anche perchè in esso esiste

sempre una certa valutazione di ordine politico, per la quale il potere giudiziario ordinario non sarebbe competente. E per quest' ultima ragione noi riteniamo altresì preferibile il sistema italiano, che, ad imitazione di quello inglese, affida questo giudizio ad un'assemblea politica, costituita in alta Corte di giustizia, anzichè il sistema belga, a cui s' uniforma in parte l'austriaco, che l'affida al magistrato supremo dell' ordine giudiziario.

326. — Veniamo finalmente al Diritto pubblico italiano. Per quanto riguarda la responsabilità politica, esso si uniforma ai principii teorici esposti, come abbiamo ricordato con qualche speciale confronto. Di casi di responsabilità penale non abbiamo alcun precedente: e in generale questi casi, che furono frequentissimi in un certo periodo della costituzione inglese, si sono resi rarissimi ovunque. La ragione sta in ciò: che il loro verificarsi suppone una certa lotta fra il Parlamento e la Corona, lotta che, in un periodo acuto, può indurre il primo di ricorrere a mezzi estremi. Nei periodi normali, la dimissione del Ministero costituisce una sanzione sufficiente anche per atti, i quali, a stretto rigore, potrebbero dar luogo ad una penale responsabilità, poichè sembra che lo scandalo pubblico, il quale tal fatto accompagna, renda in generale preferibile l' astenersene anche lasciando il reo impunito.

327. — Meno i due articoli dello Statuto relativi al diritto di accusa e alla costituzione del Senato in alta Corte di giustizia, il nostro Diritto positivo manca di alcuna disposizione nella materia; come nella più parte degli Stati rappresentativi, anzi nei principali se si toglie l'Austria, manca altresì una legge speciale. Si è discusso se convenga o no di farla, e non sono mancate in Italia concrete proposte presso la Camera legislativa (proposta Sineo sin dal 1858, riproposta più volte e presa in considerazione; proposta Minervini del 1876,

presa altresì in considerazione). Noi riteniamo preferibile l' opinione di coloro che non credono alla necessità o alla convenienza di una simile legge. Il Diritto comune basta, in quanto prevede i casi di tradimento, di concussione, di prevaricazione, di abuso di potere. Una enumerazione di casi o vuole essere tassativa e non potrà allora prevedere tutta l'indefinita serie delle combinazioni che la realtà può offrire; o dimostrativa e allora riescirà quasi inutile. Il dire che l' esistenza di una legge speciale avrebbe per effetto di far seguire necessariamente l' accusa e il relativo giudizio, appena il reato si verifichi, lasciando anche stare se questo sia un bene o un male, si fonda sopra una vana speranza, dappoichè, checchè si faccia, l'elemento politico in questa materia prevarrà sempre sul giuridico, e se la Camera non vorrà accusare i ministri, non li accuserà malgrado la legge, che sarà così violata con uno scandalo maggiore. Una legge speciale potrebbe, tutt' al più, servire per regolare certe particolarità di procedura, molto più che in Italia non si potrebbe ad essi supplire nemmeno per via di consuetudini che mancano.

Capitolo VII.

D) Fondamento giuridico del governo di Gabinetto.

328. — Esposti così, in quella maniera sommaria che l' indole del presente scritto ci impone, i principii fondamentali del governo di Gabinetto, possiamo ora procedere all' esame della grave questione del fondamento giuridico della forma medesima di governo. Ed abbiamo voluto posporre un tale esame, poichè il fermare esattamente quei principii serve ad evitare parecchi errori

ed equivoci, nei quali cadono tanto i sostenitori quanto gli avversari di quella forma. La quistione non ha solo un'importanza scientifica generale in quanto abbraccia tutta la giustificazione delle istituzioni politiche che reggono oggidì tanti Stati civili, ma ha altresì un'importanza attuale in quanto recentemente una grande sfiducia si è manifestata contro quelle istituzioni.[1] Queste critiche hanno una diversa portata e di tutte non possiamo occuparci; di alcune a causa della loro generalità e perchè riferentisi contro la forma rappresentativa medesima o, più in generale ancora, contro tutte le forme *libere;* di altre a causa della loro indole prevalentemente politica. Ci limiteremo quindi a tener presente l'accusa dominante nella scuola tedesca, la quale da un lato ha una portata veramente *giuridica,* e dall'altro lato è diretta esclusivamente e specificamente contro il sistema *parlamentare.* Assume questa teoria che al governo di Gabinetto manca un fondamento di diritto, sicchè sia da considerarsi semplicemente come uno « stato di fatto. »

329. — Per procedere a tale studio, bisogna innanzi tutto considerare quale sia la teoria nella scienza dominante, e da quali elementi essa abbia tratto il fondamento giuridico del governo di Gabinetto. Questa teoria, che è stata supposta vera anche dagli avversari del sistema, non è che un'applicazione specifica e logicamente completa di quella idea meccanica dello Stato, che vedemmo propria della teoria radicale contrattuale (n° 11): la quale è diventata così inerente alla scienza nostra, che coloro i quali la rigettano nelle premesse, l'accolgono senza saperlo nelle conseguenze. La teorica procede per via dei seguenti postulati fon-

[1] Per quanto riguarda questa letteratura recente veggasi il § 1 dei nostri *Studi giuridici,* cit.

damentali che noi siamo venuti incontrando lungo tutto il corso del nostro studio, trovandoci sempre in antitesi con essi. La sovranità risiede nella volontà popolare; questa volontà si manifesta per mezzo del voto politico; pel fatto dell' elezione passa nella Camera rappresentativa; e questa alla sua volta la trasmette ad un « Comitato esecutivo, » scelto dal suo seno: e questo è il Gabinetto. Abbiamo dunque una serie di delegazioni successive per via delle quali gli otto o nove ministri finiscono con essere, mediante un processo di riduzione, i depositari della sovranità: il popolo la trasmette agli elettori, questi ai deputati e questi finalmente ai ministri.

330. — Tutto il nostro studio antecedente basterebbe a mostrare la falsità della conseguenza, dappoichè esso è tutto diretto contro le premesse. Abbiamo visto come in quella teorica sia erroneo il metodo (nº 13); erroneo il presupposto che la sovranità riposi esclusivamente sulla *volontà* di chiunque, sia un ente individuale o collettivo (nº 65); erroneo il supporre che la nozione di rappresentanza implichi una delegazione di poteri (ni 103, 105). Ma anche limitando il nostro esame esclusivamente alla conseguenza finale, questa non apparirà nè meno falsa, nè meno erronea. Tutta l' esposizione dei principii che regolano il governo parlamentare mostra quanto sia falso vedere nel Gabinetto « il Comitato esecutivo della Camera, » quasi esso sorgesse dall' elezione o, se così vuolsi, dalla scelta di essa. Invece noi abbiamo visto come il Gabinetto non solo formalmente, ma anche essenzialmente, sia l' esplicazione della prerogativa regia, la quale è bensì vincolata dal principio generale di mantenere un vivo e costante accordo col Parlamento, ma questo toglie l' *arbitrio* ma non la *libertà* nella scelta dei capi del governo.

331. — Su ben altre basi deve quindi fondarsi la

teoria giuridica del governo di Gabinetto. Il diritto dello Stato, che è esso stesso la sovranità, suppone istituzioni di governo, fondate sulla ragione tradizionale e rispondenti al sentimento giuridico della comunità. Esiste perciò il governo come idea indipendente ed autonoma, la quale non riceve vita nè dal Gabinetto, nè dalle assemblee, nè dai comizi elettorali, ma è invece in essa che questi istituti trovano il loro fondamento e la loro giustificazione. Materialmente, le varie istituzioni di cui il governo consta hanno una vita autonoma in cui si contiene tutta l'attività giuridica dello Stato. Tali sono le istituzioni locali, tali sono tutti i meccanismi amministrativi. Ma l'idea di governo suppone altresì l'unità, in antitesi a questa varietà; e l'espressione giuridica di questa unità si riassume nel Capo dello Stato, e più specialmente, data la forma monarchica, nel Re. Però, sia per la ragione pratica che un uomo solo non può bastare all'adempimento di tante e così elevate funzioni, sia per il principio giuridico della irresponsabilità regia, la Corona esercita le varie sue funzioni per mezzo di un Gabinetto responsabile.

332. — È dunque la Corona che dà il carattere giuridico al Gabinetto. Ma questo carattere per diritto moderno non può più, da solo, bastare. Per via della rappresentanza si è dato alle forze sociali un modo di direttamente influire sulla vita pubblica, e ciò mediante la designazione dei più capaci, cui sono deferite queste due funzioni di suprema importanza: concorrere alla manifestazione della volontà dello Stato, per via di leggi; sorvegliare l'andamento generale della pubblica amministrazione, specialmente in rapporto all'impiego dei mezzi economici che dai cittadini si richiedono. Adunque, se la regia prerogativa, per via della rappresentanza, è stata limitata così nel senso del potere legislativo come in quello del potere esecutivo, se questo fatto è

certamente legittimo, pare che debba altresì essere non contrario, ma conforme al diritto che anche nell'attuazione di quella prerogativa, per cui la Corona sceglie i suoi consiglieri, essa tenga conto delle tendenze di questo elevato organo dello Stato, sorto dalla rappresentanza. Invece non conforme, ma contrario al diritto dovrebbe dirsi uno Stato la cui costituzione permettesse, senza giuridico rimedio, la possibilità di un indefinito dissidio fra i consiglieri della Corona e il Parlamento. E mentre lo Gneist affermava che il governo parlamentare è uno stato di fatto mantenuto dalla forza degli elementi democratici, noi potremmo a questa affermazione contrapporne con più ragione un'altra, cioè che la forma rappresentativa non parlamentare è uno stato di fatto, che può essere mantenuto dalla forza del principio monarchico e da speciali contingenze storiche, ma che non può essere definitivo.

333. — Nè la verità delle conseguenze, cui noi siamo pervenuti, può essere logicamente negata. Se non che il fondamento della teoria germanica, che noi combattiamo, sta più o meno implicitamente in ciò: che siccome le Camere rappresentative fanno parte solo del « potere legislativo, » esse, per ciò stesso, non hanno diritto di ingerirsi nella sfera del potere esecutivo, come tuttavia fanno quando pretendono che il Gabinetto goda la fiducia loro. Quanto poco fondata sia scientificamente siffatta concezione meccanica della divisione dei poteri fu da noi a suo luogo rilevato (nº 95): basterà qui per ora considerare in ispecie come l'affermazione fondamentale di quella teoria non sia rispondente al vero. La critica della funzione legislativa, che noi abbiamo fatta a suo luogo, ci ha mostrato come una delle attribuzioni più importanti, e forse la più importante del così detto potere legislativo, si comprenda poi effettivamente nella sfera della funzione esecutiva. E nel modo

stesso che questo non costituisce uno stato di fatto, ma bensì uno stato di diritto (nº 187), così il governo parlamentare, il quale non è se non un'esplicazione di queste funzioni complesse, è anch'esso un « governo giuridico. »

334. — Resta il lato politico. Esso determinerà i rapporti che si stabiliscono fra il Gabinetto e quelle grandi distinzioni nell'indirizzo della pubblica opinione, che si chiamano i *partiti politici,* e così pure metterà in rilievo i vantaggi particolari che questa forma di governo arreca agli Stati moderni, nonchè i danni effettivi di cui è causa, e studierà il modo di trar migliore partito dagli uni e di ovviare agli altri. Questo esame resta estraneo al presente studio.

Libro Sesto.

Potere giudiziario.

Capitolo I.

Autonomia e funzioni del potere giudiziario. Costituzione di esso.[1]

335. — L'autonomia teorica del potere giudiziario è stata da alcuno negata, e lo si è voluto comprendere nel potere esecutivo. Tuttavia chiara e recisa appare l'antitesi che distingue la funzione di questo potere da quelle degli altri due, e gli dà, quindi, una *propria ed autonoma ragion d' essere.*

336. — In antitesi al potere legislativo, il potere giudiziario non può fare la legge, ma *applicarla* come sta: e questo stesso, non già emanando norme *generali,* ma risolvendo un caso *particolare* sottoposto al suo esame. Questa astratta distinzione non è stata per altro sempre attuata nel concreto ordinamento degli organi giudiziari: l'editto del pretore romano, sia per la generalità della sua formola, sia per le modificazioni indirettamente introdotte all' *ius civile,* può quasi definirsi un atto *le-*

---

[1] Confr. Grippo, *Il potere giudiziario,* ec. (Napoli, 1881); Bonasi, *La magistratura in Italia* (Bologna, 1884).

gislativo che pure proveniva da un magistrato partecipante al potere giudiziario. Nel medio evo, il giudice non di rado doveva *trovare* il diritto da applicarsi al caso singolo, e anche questa facoltà racchiude elementi della funzione legislativa. Il sistema dei *codici,* in questo secolo prevalso e di cui l'Italia usa, suppone invece una rigorosa separazione della funzione legislativa dalla giudiziaria e quindi l'obbligo strettissimo di applicare il *testo* legislativo, senza eluderlo nè per ragioni di *equità* nè col pretesto di far prevalere un preteso *spirito* della legge alla chiara espressione di essa.[1]

337. — Non meno evidente è l'antitesi col potere *esecutivo.* In primo luogo, questo, comunque entro limiti costituzionali, ha tuttavia la facoltà di emanare provvedimenti di ordine *generale,* facoltà che appunto manca al potere giudiziario. Secondariamente, caratteristica essenziale del potere esecutivo è l'*attività volontaria* che suppone l'*iniziativa* come *diritto* anzi come *dovere:* l'attività del potere giudiziario manca, invece, di ogni iniziativa, essa deve venire eccitata da un fatto esterno, cioè l'*azione* di un privato o l'*accusa* se si tratta di una violazione delittuosa del diritto. Finalmente, l'azione del potere esecutivo è sempre sindacabile ed induce *responsabilità;* la decisione del potere giudiziario, a parte i modi di riforma ammessi dai vari sistemi procedurali, ha invece per sè una presunzione

[1] Per questo sembrava al Savigny che il sistema dei codici nocesse allo sviluppo robusto della giurisprudenza, inceppandone la libertà nei termini di un'interpretazione esegetica. Senza volere entrare in tale quistione, ed anche ammettendo che quel sistema sia meno idoneo ai fini scientifici, non sono tuttavia negabili i vantaggi inestimabili che i codici hanno apportato nel senso di una massima *certezza* del diritto e della maggiore possibile *popolarità* di esso. A questo alludeva il Bluntschli quando qualificava come un « pregiudizio romantico » quello che « preferisce il diritto non scritto alla legge. » *Dr. publ. gen.,* L. I, cap. III.

assoluta di *verità* e non induce responsabilità alcuna nel magistrato da cui emana.[1]

338. — Il principio dell'autonomia del potere giudiziario, così teoricamente fermato, sembra che non sia stato tenuto presente dal nostro Statuto, il quale, all'art. 68, si esprime così: « La giustizia emana dal Re, ed è amministrata in suo nome dai giudici che egli istituisce. » Se a questa espressione si dà il senso che la giurisdizione non è che una prerogativa della Corona, essa conterrebbe un vero errore, appunto perchè si verrebbe a negare l'autonomia del potere giudiziario. Esso, giusta quanto abbiamo detto, ripete la sua origine non da una delegazione del potere regio, ma da quella fonte medesima da cui gli altri due poteri, e cioè l'organica attuazione della sovranità dello Stato. Se non che a quell'articolo può darsi un senso ed una portata giuridica, ritenendo che in esso non si voglia designare nel Re un potere concreto, ma il rappresentante esterno dello Stato, nella unità dei suoi poteri sovrani. In questo senso, l'art. 68 non contraddice, anzi afferma l'autonomia interna del potere giudiziario nello Stato moderno, in antitesi alla *suddivisione delle giurisdizioni,* che, parallela al frazionamento della sovranità, costituì una delle caratteristiche dello Stato feudale.

339. — Affermata così astrattamente la piena autonomia del potere giudiziario, grave si presenta la questione (che ha tuttavia una portata assai più politica che giuridica) del modo della composizione di esso. Per le condizioni dello Stato moderno, è impossibile che la magistratura formi una *corporazione* o un *ceto* a parte; è quindi necessario ricorrere a criteri esterni. Il si-

---

[1] Ciò, ben inteso, sempre che si tratti di ignoranza, di errore, di negligenza. Diversa sarebbe la quistione del *dolo:* qui però la quistione riguarderebbe un vero e proprio *reato* del magistrato, che non ha nulla di comune con l'attività normale del potere giudiziario.

stema elettivo, per cui i giudici sono designati dall'elezione popolare, è certamente pessimo, e per più ragioni: sopra tutto per la mancanza di attitudine nel corpo elettorale a conoscere le qualità eminentemente *tecniche* di un buon giudice, e per la grave presunzione di partigianeria che pesa su di un giudice che deve la sua elezione ad un *partito* del quale continua ad aver bisogno, se vuol essere rieletto. Il sistema della *nomina* da parte del Capo dello Stato adottato dal nostro Statuto (art. 6, 68, 69), e dalla massima parte degli Stati europei, risolvendosi poi di fatto in una nomina ministeriale, fa temere le indebite influenze del potere esecutivo e, peggio ancora, le ingerenze parlamentari. Non mancano però dei freni che temperano quella facoltà: anzi, da un savio ordinamento di quei freni si forma un sistema scientificamente approvabile.

340. — Questi freni si attuano: 1) per via di *leggi organiche* le quali stabiliscono le condizioni perchè si possa procedere alla nomina di funzionari dell'ordine giudiziario e alla *promozione* di essi ai gradi superiori; 2) in quanto poi, così nelle *nomine* come nelle *promozioni*, bisogna pur sempre dar luogo ad un certo arbitrio (criterio della *scelta* in antitesi a quello della mera *anzianità*) col richiedere il concorso del parere di *corpi speciali* che sussidiano il ministro e che diano garenzie sufficienti di imparzialità. Nel Belgio, si è esagerato alquanto in questo senso, dando a queste commissioni una larghezza di attribuzioni che lede il principio della responsabilità ministeriale, e introducendovi un elemento politico (membri dei Consigli provinciali o del Senato, secondo che si tratti di nomina di consiglieri di appello o di cassazione) il cui intervento non mi sembra abbastanza giustificato. In Italia, fu introdotta una commissione analoga in virtù del decreto del 4 gennaio 1880 (5230), e fu composta di quattro consiglieri inamovibili

e di un funzionario del pubblico ministero, appartenenti alla Corte di Cassazione di Roma. Questa commissione dà il suo parere (nel fatto prevalente) in tutti i casi di promozione di un magistrato, salva sempre la proposta motivata che deve emanare dal superiore diretto del magistrato medesimo (decreto 3 ottobre 1873).

341. — Ma suprema garenzia del magistrato è la così detta *inamovibilità* che gli assicura una piena indipendenza dal potere esecutivo, da cui egli non ha nulla a temere come conseguenza di avere fatto giustizia. La inamovibilità era stata sancita dallo Statuto, art. 69: « I giudici nominati dal Re, ad eccezione di quelli di mandamento, sono inamovibili dopo tre anni di esercizio. » Questa dichiarazione era però insufficiente per due gravi ragioni. Primieramente, perchè, senza nessun motivo plausibile, escludeva dalla garenzia i giudici di mandamento (pretori), di cui il cómpito non è forse meno grave nè meno delicato di quello dei giudici superiori. Secondariamente, perchè con l'espressione non precisata di « inamovibilità, » si poteva intendere solo inclusa quella di grado e di stipendio e non già ancora quella di residenza, di gravissimo momento pure essa, per ragioni di fatto facilmente comprensibili. L'art. 199 dell'ordinamento giudiziario (6 dicembre 1865) rimediò al primo difetto, allargando implicitamente la garenzia anche ai pretori, non al secondo; che anzi stabilì che il tramutamento con parità di grado e di stipendio poteva essere fatto semplicemente « per l'utilità del servizio. » Il decreto del 3 ottobre 1873 aggiunse qualche altra garenzia, sinchè il decreto del 4 gennaio 1880 richiese il parere di quella medesima commissione, di cui si è detto, la quale, quando si tratti di tramutare un magistrato senza il consenso di lui, deve sentirne le ragioni (art. 3). Queste garenzie, che qui si accennano solo sommariamente, sembrano sufficienti: sarebbe solo deside-

rabile che, conforme alla loro indole, esse si coordinino e si dichiarino per via di legge.

342. — Dal tipo di siffatta magistratura che diremmo *ordinaria,* costituita nel modo che si è detto, si allontana il così detto giudizio per *giurati.* Il concetto generale di questa istituzione può riassumersi così: far partecipare all'amministrazione della giustizia anche dei cittadini tolti a quelle classi sociali che danno maggiori garenzie di intelligenza, di capacità e di indipendenza. Non si esclude tuttavia affatto l'elemento *tecnico,* costituito da funzionari della magistratura ordinaria, i quali partecipano al giudizio in due modi, cioè colla direzione di tutto quanto attiene alla procedura, e coll'applicazione della legge nei termini di *fatto* che i giurati hanno stabilito.

343. — Questo sistema, che in Inghilterra ha una storia antichissima e che sinora ha avuto applicazioni assai estese, è, in Italia, attuato solo nei giudizi in materia *penale* e non in tutti, ma in quelli relativi a crimini, o a reati di indole politica, nei quali sia competente la *Corte d'Assise* (per i particolari, vedi l'art. 9, Cod. di Proc. Pen.). Il contenuto dell'istituzione ha però completamente alterato il tipo inglese. Quivi, l'ufficio di giudici compete ad una classe sociale specialissima e ristretta, che ha particolari attitudini, e, sovra tutto, concepisce questi *doveri pubblici* in maniera elevatissima; in Francia, invece, nel giudizio popolare non si vide che un'altra maniera di affermazione della democrazia, e ciò per via dell'ingerenza del corpo elettorale negli affari della giustizia. Così il titolo fondamentale onde far parte della giuría fu l'elettorato politico, sistema adottato di peso dall'Italia, sino a che gl'inconvenienti lamentati per l'evidente mancanza di cultura e di indipendenza in questa categoria di giudici non diede luogo alla riforma compiuta colla legge dell'8 giugno 1874, la quale istituì

ventuna categorie speciali da cui i giurati possano solamente essere tolti e che offrono garenzie abbastanza sufficienti di una generale capacità. Prescindiamo da altri particolari che formano obietto di studio per la procedura penale.

344. — Difficile è formarsi un adeguato concetto intorno alla convenienza dell'istituzione dei giurati, contro la quale le opposizioni, malgrado la riforma suddetta, sono continue ed autorevoli: si ritiene che la distinzione fra il diritto ed il fatto (su cui l'istituto riposa) non è che una pura astrazione; che la valutazione delle prove di un reato è esame difficile che richiede un corpo *tecnico* e specialmente versato in queste materie; che l'assoluta irresponsabilità del giudice e la non revidibilità del giudizio del giurato non sono conformi ai dettami di una buona giustizia penale; che l'evidente mala volontà con cui i cittadini subiscono quell'ufficio, importa necessariamente che lo esercitino male. Dall'altra parte, però, si può replicare che il magistrato ordinario, formando nel fatto un *corpo* unico con quei funzionari che promuovono l'accusa e istruiscono il processo, non è abbastanza spregiudicato; che l'obbligo di motivare la sentenza toglie il modo di raddolcire una legge che sarebbe al caso troppo dura o di aggravarla quando troppo mite; che è di un alto significato l'intervento diretto nel giudizio dei rappresentanti di quella società che dal reato direttamente è colpita; che le difficoltà *tecniche* e attinenti al diritto possono essere superate o diminuite accordando al magistrato ordinario un'influenza maggiore e una partecipazione immediata al verdetto; e, finalmente, che quella coscienza dei pubblici doveri, appunto perchè nelle classi elevate è debole, interessa grandemente allo Stato moderno di tenerla viva e di accrescerla.

345. — Il Diritto pubblico si limita in materia di giu-

risdizione ad affermare alcuni principii fondamentali, in quanto si connettono strettamente con quelle *garenzie della libertà civile,* che sono uno dei presupposti essenziali dello Stato moderno. L' art. 71 dello Statuto riassume tali principii nella disposizione seguente: «Niuno può essere distolto dai suoi giudici naturali. Non potranno perciò essere creati tribunali o commissioni straordinarie.» La portata di questa disposizione sta in ciò, che ogni caso singolare deve essere giudicato secondo norme procedurali generali preesistenti al fatto e dettate indipendentemente da esso. Con ciò si condannano quelle corti speciali appositamente create, da despoti come da rivoluzionari, per servire ai bisogni immediati di una feroce politica. Diverso è il concetto delle giurisdizioni *speciali,* create per la specialità di alcune materie, la cui esistenza potrà più o meno essere giustificata, ma che non ledono certamente il principio suddetto, appunto perchè esse suppongono sempre norme generiche applicabili ai fatti singoli. Tale è la giurisdizione *speciale militare;* tale era, sino alla recente legge abolitiva, quella *commerciale.*

346. — Altra garenzia generale si riscontra nel principio della *pubblicità,* sanzionato dal nostro Statuto (art. 72) solo in rapporto alle sedute, ma il cui contenuto si estende a tutto quello stadio che precede e prepara il giudizio, comunque questo lato del principio non pare abbastanza rispettato in quelle legislazioni in cui la preparazione dei mezzi di accusa e di convinzione del reo si avvolge nel mistero.

Capitolo II.

Attribuzioni del potere giudiziario rapporto agli atti del potere legislativo ed esecutivo.

347. — Noi abbiamo determinato i limiti teorici che separano il potere giudiziario dagli altri due poteri dello Stato; può tuttavia astrattamente concepirsi che anche nella risoluzione del caso singolare che gli vien sottoposto, il giudice possa essere chiamato ad esaminare il valore intrinseco o formale di un atto che provenga da uno di quei poteri. Quale sarà in rapporto a tale esame l'ampiezza delle attribuzioni che al magistrato sono concesse?

348. — Nei rapporti col potere legislativo, sta che il giudice deve giudicare non *de legibus*, ma *secundum leges*. Ed è naturale: il giudice dichiara il *Diritto* nei casi speciali; ora l'atto del legislatore ha per sè la presunzione assoluta di essere l'espressione immediata del Diritto. Per nessuna ragione, quindi, può il magistrato negare applicazione alla legge: e su questa massima la teoria non solleva alcun dubbio, quantunque la pratica non sempre la rispetti. Ma una scuola di giuristi vorrebbe introdurvi un'eccezione per un caso particolare, concedendo al privato una difesa giurisdizionale contro l'atto del potere esecutivo quando questo violi la costituzione dello Stato. Si vorrebbe quindi permettere al giudice di esercitare il così detto *sindacato costituzionale* sulle leggi.

349. — Nel campo del Diritto positivo, questo istituto fu espressamente adottato dagli Stati Uniti, da altre costituzioni espressamente escluso: altre, fra cui la nostra, mancano di disposizioni apposite. Nella dot-

trina, la questione è vivamente controversa.[1] Tuttavia occorre tener presente un presupposto essenziale di essa, cioè che in un dato Stato la così detta funzione costituente sia tenuta distinta dalla funzione legislativa ordinaria, ed agisca per via di organi speciali. Se così non è, se in uno Stato il potere legislativo ha balía di far leggi anche modificanti lo Statuto, è evidente che la quistione del sindacato non potrà sorgere: vi sarà una *legge nuova,* non una violazione dell'antica. Or siccome noi abbiamo visto che per il Diritto positivo italiano, il nostro Parlamento ha una tale ampiezza di attribuzioni (n° 181), così la quistione del sindacato manca in Italia del suo necessario fondamento giuridico. E la giurisprudenza[2] delle nostri Corti è in questo senso.

350. — Data però questa base di Diritto positivo, occorre esaminare la quistione del sindacato nei suoi dati teorici e vedere se sia da preferire l'opinione di coloro che difendono l'istituto del sindacato costituzionale. Noi non partecipiamo a tutte le obiezioni molteplici, che contro l'istituto si rivolgono, e non crediamo soprattutto applicabile qui la teoria della divisione dei poteri, la quale alcuno crede che da quello sia lesa. È in facoltà del magistrato decidere qual sia il diritto da applicarsi ad una specie determinata e, data sempre l'ipotesi che il potere legislativo non abbia diritto di immutare la costituzione, quando questo caso abusivamente si verifichi, bene potrà il magistrato, rimanendo nei limiti della specialità del caso, dichiarare che l'atto legislativo è contrario al Diritto e rifiutarvi applicazione.

351. — Per altre ragioni tuttavia noi non crediamo

[1] Confr. la bibliografia cit., nella nostra *Teoria giur. delle guarentigie della libertà* (Torino, 1888), libro I, cap. II, § 1, in nota.

[2] Confr. su questa materia nella nostra *Teoria giur.*, tutto il cap. II del libro I.

conveniente l'istituto del sindacato. In primo luogo per una grave ragione di ordine giuridico. Un vantaggio indiscutibile negli Stati moderni è d'avere raggiunto quella *certezza del Diritto,* la quale è stata attuata in più modi, fra cui principalissimo questo: *che nessun motivo legittimo può scusare la disubbidienza alla legge.* Ora la teoria del sindacato a noi sembra per questo incompatibile con lo stato moderno del Diritto, appunto perchè essa introduce una scusa legittima di disobbedienza alla legge e dà luogo ad una distinzione tra leggi valide e non valide, la quale può praticamente riuscire o assurda o perniciosa.[1]

352. — Solo gravissime ragioni di ordine politico potrebbero consigliare la deroga ad un tale principio. Ma queste ragioni non ci pare che esistano. In primo luogo, da un lato le storiche contingenze, dall'altro lato l'indole medesima di queste materie han fatto sì che molta parte del Diritto costituzionale non è scritta nella costituzione (confr. n° 177). La difesa quindi, che si affiderebbe al magistrato, lungi dall'essere armonicamente completa, sarebbe soltanto determinata da una causa accidentale, cioè l'essere stata o pur no quella materia compresa nello Statuto. D'altra parte, il freno contro la esorbitanza del potere legislativo che si spera dal sindacato costituzionale, riuscirebbe in gran parte illusorio; dappoichè in generale quel potere a cui attribuirebbesi la funzione costituente e che sarebbe, in definitiva, il giudice della controversia fra il potere giudiziario e il legislativo, finirebbe sempre necessariamente col dar ragione a quest'ultimo, poichè l'origine loro sarebbe in conclusione la stessa. L'esempio degli Stati Uniti, dove il sindacato ha fatto buona prova, è un argomento di più che avvalora la nostra tesi, dap-

---

[1] Confr. la nostra *Teoria giur.,* cit., l. c.

poichè quivi la costituzione trova una garenzia propria e in gran parte indipendente dalla manifestazione dei comizi elettorali ordinari, cioè nell' essere quello uno Stato *federale* di cui la costituzione è anche la garenzia dei diritti dei vari Stati.

353. — Se, per tutte queste ragioni, noi ci professiamo avversari del sindacato costituzionale dei giudici, diversa invece ci sembra la questione se il magistrato possa negare applicazione ad una legge, quando riscontri in essa la mancanza di uno di quegli elementi *formali* che le danno costituzionalmente esistenza (p. e. il concorso del consenso di tutti i corpi legislativi). Difatti, se il magistrato ha l' obbligo di applicare la legge, ha altresì l' obbligo di accertare che *una legge vi sia;* e, se mancano le forme costituzionali, non si può dire che vi sia legge. Si dice in contrario che la solenne dichiarazione che il Capo dello Stato fa per via della *promulgazione,* costituisca una prova assoluta dell' esistenza della legge. Certo, la promulgazione dà una tale presunzione, ma non è una presunzione *iuris et de iure,* ma *iuris tantum;* cioè essa sta, sinchè non si provi il contrario. Se così non fosse, si dovrebbe concludere che in rapporto al cittadino la legge non consista in altro che nella promulgazione, cioè in un atto del potere esecutivo; e questo davvero lederebbe il principio della divisione dei poteri in quel modo con cui è caratteristico nello Stato costituzionale moderno (confr. n° 96).

354. — Rapporto dunque all' atto del potere legislativo il magistrato deve limitarsi a riconoscere l' esistenza di una legge e quindi applicarla; diversamente avviene per quanto riguarda gli atti del potere esecutivo. Il Diritto pubblico moderno ha in generale riconosciuto che questi atti sono validi solo se conformi alla legge ed in quanto ad essa conformi (confr. n° 296). Se ne deduce che il magistrato, appunto perchè desti-

nato ad applicare la legge, dovrà negare osservanza a quegli atti del potere esecutivo i quali non sieno legittimi. Vedremo come questo principio contenga una delle principali guarentigie della libertà civile (n° 413): per ora dobbiamo solo rilevare come, se il principio suddetto è in generale ammesso nelle costituzioni moderne, si cerca in parte di eluderlo con sottrarre al magistrato ordinario la cognizione di quelle liti che si riferiscano ad un atto della pubblica amministrazione, affidandola a tribunali speciali composti di funzionari amministrativi (sistema del *contenzioso amministrativo*). Questo sistema, non rispondente al fine di un'efficace tutela dei diritti individuali (confr. n° 414), non vige in Italia, dove la giurisdizione si ritiene *unica;* e tutte le controversie in cui sia impegnata la pubblica amministrazione o si discuta di un provvedimento del potere esecutivo, sono devolute al magistrato ordinario, purchè, naturalmente, la pretesa del cittadino si fondi sopra un diritto e non già sopra un semplice interesse, la cui valutazione sia affidata al prudente arbitrio dell'amministrazione medesima (art. 2, legge sul contenzioso amministrativo, 25 marzo 1865).

355. — Con ciò non si offende il principio della divisione dei poteri, anzi lo si rende veramente concreto. Se l'espressione della volontà dello Stato, secondo che proviene dal potere legislativo o esecutivo, si afferma nell'atto con la differenza fra *legge* e *decreto,* bisogna che questa differenza abbia il suo naturale effetto nella giurisdizione. La legge contiene sempre il *diritto;* il decreto lo contiene solo quando è conforme alla legge: ora il magistrato che deve dichiarare quale è il diritto in una fattispecie, non potrà dare efficacia giuridica al decreto se non quando è conforme alla legge. Vero è bene che le funzioni del potere giudiziario escludono che esso possa, positivamente o negativamente, pro-

cedere alla dichiarazione di una norma generale. Ma a questo provvede egregiamente il sistema della giurisdizione unica, dichiarando che il magistrato negherà efficacia all' atto illegittimo del potere esecutivo, *solo in rapporto all' obietto del giudizio* (art. 4, legge cont. amm. cit.). L' atto quindi non è revocato, ciò che lederebbe davvero la distinzione dei poteri; se non che esso, agli occhi del magistrato, non ha valore alcuno per la giuridica risoluzione di una controversia determinata.

Libro Settimo.

DEI RAPPORTI FRA LO STATO E L'INDIVIDUO.

(TEORIA DELLA LIBERTÀ.)

Capitolo I.

Posizione generale della teoria.

356. — Più volte, nello studio della scienza nostra, occorre di dovere deplorare una grande incertezza nei termini di cui essa si serve: ma in nessun altro argomento è un tale danno da lamentare come a proposito della così detta *nozione della libertà*. Vago per sè stesso, adoperato per designare una serie di rapporti attinenti a ordini scientifici diversi e difformi, questo termine « libertà » si è introdotto nel campo del Diritto pubblico producendovi una confusione considerevole, per i sensi molteplici che vi si possono dare. Anche prescindendo affatto dalla libertà *morale* e dalla libertà *economica* (concetti completamente rimoti dagli studi nostri e coi quali la confusione è più difficile), nel campo politico l'idea di libertà si è affermata come manifestazione del diritto del popolo a partecipare alla pubblica cosa (e qui *libertà* si confonde con *democrazia,* tendenza prevalente nella scuola francese), o come manifestazione della sfera di attività che l'individuo si riserva di

fronte all' ingerenza sociale, non solo nel campo politico, ma altresì economico, etico, intellettuale (e qui *libertà* si confonde con *individualismo,* tendenza prevalente nella scuola inglese).

357. — Questi sensi complessi, con predominio di elementi *politici,* sono naturalmente esclusi dallo studio nostro Limitiamoci a considerare la libertà come *nozione giuridica.* Per tale riguardo è rimasta dominante nella scienza la vecchia definizione romana, salvo modificazioni non sostanziali: *libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur* (L. 4, pr. D. *de st. hom.,* I, 5). Il Montesquieu considerava piuttosto positivamente il limite giuridico, definendo la libertà « il diritto di fare ciò che la legge permette, » mentre il Bluntschli tornava alla definizione romana, sopprimendovi solo l'elemento della forza come limite giuridico: « la libertà giuridica consiste nella facoltà di fare la propria volontà nei limiti del diritto. »

358. — Ora queste definizioni, il cui tipo come si vede è sostanzialmente unico, non possono dirsi soddisfacenti. In parte esse implicano una petizione di principio, in quanto la nozione di libertà *giuridica,* appunto perchè tale, suppone già che si contenga nei limiti del diritto. Dall' altro lato, « il poter fare ciò che si vuole » richiama piuttosto l'idea di libertà morale, concetto estraneo all'ordine giuridico. Finalmente, questa definizione non risponde al concetto ordinario di *libertà,* e manca quindi ad uno dei fini essenziali di una definizione. Di fatti, per vago e poco preciso che sia, il termine di libertà racchiude alcuna delle idee con le quali anzi abbiamo visto che si confonde: l'idea democratica e l'idea individualistica. Ora, anche nei governi dispotici, e negli Stati in cui l'individuo è assorbito nell'attività collettiva, può tuttavia avvenire

ed avviene che ognuno possa fare « quel che le leggi permettono, » e agire come gli piace « nei limiti del dritto. » Dunque la nozione di libertà si troverebbe attuata in ogni forma regolare e fisiologica di Stato; ed allora quale è la caratteristica propria di questa teorica?

359. — La verità è che una nozione giuridica autonoma di libertà non esiste. Essa è un'espressione con cui cumulativamente si indicano rapporti giuridici eterogenei, e, per ciò stesso, non riducibili ad unità. Sarebbe quindi preferibile rinunziare senz'altro alla pretesa di darne una definizione che non serve a nulla, e cercare piuttosto di stabilire quali sono questi rapporti a cui l'uso comune fa rispondere l'espressione di libertà, servendoci solo di essa, in quanto può designare una sfera particolare di quei rapporti medesimi.

360. — Noi riscontrammo fra i caratteri essenziali dello Stato un'antitesi fra un'autorità che comanda e sudditi che obbediscono. Sin qui lo studio nostro si è limitato all'esame del modo con cui questa autorità si attua e si organizza nei pubblici poteri. Ora, invece, importa considerare il problema dei rapporti i quali si stabiliscono fra lo Stato, così ordinato, e la massa dei sudditi. Certo, poichè tutto il diritto è in certo senso diritto dello Stato, potrebbesi a questo argomento connettere tutte le giuridiche discipline. Occorrerà quindi distinguere esattamente i lati diversi dai quali la quistione suddetta tocca il campo del Diritto pubblico.

361. — Il rapporto fra lo Stato e i sudditi si concepisce in primo luogo considerando questi ultimi come un aggregato collettivo, che abbraccia organicamente tutte le forze sociali: aggregato cui può forse rispondere la denominazione di *popolo*. Gli Stati dispotici considerano questo rapporto in un modo affatto *negativo*: la moltitudine dei consociati non ha diritto alcuno di fronte alla rappresentanza concreta della sovranità. Nelle forme

di reggimento libero, nello Stato moderno, invece, alla moltitudine dei cittadini si accorda una partecipazione diretta e cosciente nella cosa pubblica, per mezzo di istituti appositi di Diritto pubblico. Qui trova luogo la nozione di *libertà popolare* in senso larghissimo: però, come pare evidente, la trattazione di essa, così intesa, implicherebbe tutta l'esposizione del Diritto costituzionale moderno, in ogni istituto del quale ben si può dire che la libertà popolare trovi un' attuazione o una guarentigia.[1] Da questo lato, quindi, una trattazione speciale non ha ragion d'essere, meno per quanto riguarda un argomento che è comune alla nozione suddetta, indipendentemente dagli istituti particolari in cui si attua, e cioè le *guarentigie* che assicurano e difendono questa partecipazione popolare alla cosa pubblica.

362. — Esiste però una categoria particolare di diritti i quali, comunque per l'esercizio loro siano *individuali,* si connettono con la nozione di libertà popolare per l'origine loro e per il loro fondamento. Il concetto di libertà popolare non si attua solo per mezzo di istituti giuridici che suppongono la collettività, ma ancora per mezzo del conferimento ai singoli individui di certi diritti la cui portata è *politica,* principalmente, e competono non tanto allo sviluppo della personalità dei singoli quanto alla *qualità di cittadino.* Questi diritti si possono chiamare *diritti politici individuali,* e costituiscono per così dire il passaggio fra la nozione di libertà popolare e di libertà civile. Lo studio di tali diritti appartiene a questa parte della scienza nostra.

[1] La nota opera di F. Lieber, *La libertà civile e l'autogoverno* (trad. it., nella *Biblioteca di Sc. politiche*, del Brunialti, vol. V), appunto per non avere osservato questo limite sistematico, è poi un trattato di Diritto costituzionale dal punto di vista della libertà. Così capitoli appositi sono dedicati alla *supremazia della legge,* alla *responsabilità dei ministri,* alle *elezioni,* alle *due Camere* e persino agli *usi parlamentari* (!).

363. — Finalmente poi, i rapporti fra lo Stato e l'individuo possono intendersi in quanto quest'ultimo ha un fine proprio da raggiungere, indipendentemente dai fini politici. In quanto l'individuo svolge la sua personale attività nel campo familiare e patrimoniale, in quanto egli gode di diritti *civili*, egli può venire in rapporto con l'attività dello Stato, e l'armonia fra queste attività, il rispetto che lo Stato deve a questa sfera giuridica individuale costituisce un altro dei lati della quistione che esaminiamo e a cui potrebbe corrispondere la espressione di *libertà individuale* in senso stretto, o, come più comunemente si dice, di *libertà civile*. Però qui occorre un'osservazione analoga ad un'altra anteriormente fatta; il contenuto di questa manifestazione di libertà, cioè la determinazione di questi diritti diversi, è l'obietto degli studi di molteplici discipline giuridiche: anche qui dunque il Diritto pubblico per osservare la divisione del lavoro scientifico, bisogna che si limiti a studiare la quistione, prescindendo dal contenuto di questi diritti ed occupandosi solo delle *guarentigie* che sono la comune sanzione di essi, nel modo e colle limitazioni che saranno detti appresso.

364. — Riassumendo, quindi, diremo che questa parte della nostra scienza distingue innanzi tutto le due nozioni di libertà popolare e di libertà civile: della prima studia in concreto solo i *diritti politici individuali*. Dell'una e dell'altra studia poi le *guarentigie*, le quali però, sin d'ora, noi possiamo distinguere secondo un criterio fondamentale. La libertà popolare svolgendosi tutta nell'orbita costituzionale, le guarentigie relative saranno altresì di ordine *costituzionale*. Nella libertà civile, invece, facendosi quistione di diritti particolari del cittadino, all'ordine privato pertinenti, la guarentigia si concepisce nel senso che sia nello Stato ordinato un

modo onde quei diritti siano accertati, proclamati, difesi: la guarentigia qui risiede in un sistema di *giurisdizioni*. In tre parti divideremo quindi quest' ultima sezione del nostro sistema: *diritti di libertà politica, guarentigie giurisdizionali, guarentigie costituzionali*.

Capitolo II.

Diritti politici di libertà. — *A)* Eguaglianza.

365. — Il principio di uguaglianza fu dalla rivoluzione francese proclamato parallelamente a quello di libertà: nel fatto poi si cercò di conseguirlo anche a scapito di quest' ultimo. Lasciando però stare la politica preoccupazione, così piena di pericoli, di cercare di conseguire fra i cittadini quell' eguaglianza *materiale*, cui non rispondono le condizioni di fatto e le necessità giuridiche, noi affermiamo invece che il concetto di uguaglianza implica proporzione e non già pareggiamento meccanico e brutale. Esso quindi riconosce: 1) le differenze naturali da uomo ad uomo, per cui l' intelligente si distingue dal volgare, il colto dall' ignorante, l' attivo dall' ozioso, l' onesto dal malvagio; 2) le differenze imposte dalla necessaria esistenza in ogni pubblico ordinamento di una *gerarchia politica* e perciò di certe guarentigie speciali che, quando siano necessarie, è giusto che accompagnino certe pubbliche funzioni (concetto di *prerogativa*, in antitesi a quello di *privilegio*).

366. — Il principio di uguaglianza costituisce invece davvero uno dei caratteri propri dello Stato moderno, in quanto più non si riconoscono differenze da cittadino a cittadino, le quali abbiano per base esclusiva di favorire l' uno a danno degli altri (in antitesi dunque ai privilegi singolari o di classe). Questo principio è pro-

clamato negli art. 24 e 25 del nostro Statuto, ma va considerato piuttosto come un avvertimento solennemente diretto al legislatore di uniformarvisi, che come un diritto concreto dell'individuo; e di fatti questi non avrebbe alcun rimedio giurisdizionale onde farlo valere.

367. — In particolare poi, questo principio suppone:

a) Eguaglianza dinanzi alla legge e alla giurisdizione (art. 24, primo comma);

b) Eguale godimento dei diritti civili e politici, salve le generali condizioni di capacità, così civile che politica, confr. nº 121 (art. 24, secondo comma);

c) Eguale ammissibilità alle cariche pubbliche, salva la prova di capacità specifica (art. 24, l. c.).

d) Eguale concorso agli oneri pubblici, così personali che patrimoniali, in proporzione alle facoltà ed agli averi individuali (art. 25).

Capitolo III.

B) **Libertà personale.**

368. — Questo diritto, che è certamente il maggiore fra tutti, e di una portata così larga che può gli altri comprendere, ha per contenuto di assicurare al cittadino la piena disponibilità dell'essere suo, senza alcuna coazione fisica esterna. Come si vede, per la sua stessa larghezza, questo diritto è anche attinente alla nozione di libertà civile, e, certo, l'attuazione particolare di esso suppone necessariamente il riconoscimento nell'individuo di quell'insieme di diritti che chiamammo civili. Tuttavia, gli scrittori sono soliti trattarne come se di un diritto politico si trattasse, e non senza grave ragione. Poichè, difatti, una delle peggiori caratteristiche dei governi assoluti è il poco conto in cui questa

maniera di libertà è tenuta, la lotta per la libertà politica ha avuto principalmente per obietto di garentirsi contro tali abusi, e uno dei modi a ciò atti è stato di farne solenne dichiarazione in quelle carte costituzionali, che costituiscono il fondamento dei liberi reggimenti moderni. Nè questa è solo una tendenza recente del liberalismo contemporaneo; in tutta la gloriosa storia di sua costituzione, l'Inghilterra ha messo in capo alla dichiarazione della libertà politica la guarentigia della libertà personale (*habeas corpus*). Così, se si ha meno riguardo alla sua indole propria che all'affermazione positiva di esso, questo diritto può comprendersi fra quelli di libertà politica.

369. — Questa maniera di libertà di cui superiormente abbiamo dato il senso larghissimo, si afferma poi nei modi seguenti:

1) Libertà di locomozione, e libertà di scelta di domicilio (libertà personale o individuale in senso stretto); ciò che implica garenzia contro gli arresti e le detenzioni arbitrarie, le espulsioni o i soggiorni obbligatorii, le misure vessatorie contro i viaggi da un punto all'altro dello Stato o anche fuori di esso (emigrazione). L'articolo 26 dello Statuto afferma genericamente questa maniera di libertà;

2) Libertà di scelta di professione e d'industria, salve le garanzie di capacità che può lo Stato richiedere, con criteri eguali per ogni cittadino, per alcuna di esse. Questo principio si afferma in antitesi al sistema dei ceti chiusi e delle corporazioni, abolito dalla Rivoluzione francese;

3) L'*inviolabilità del domicilio* (riconosciuta dal nostro Statuto, art. 27) si ritiene come indissolubilmente legata al principio della personale libertà, nel modo stesso che la casa tutela, protegge l'individuo e ne completa in certo modo la personalità;

4) Analogamente vi si connette il diritto dell'individuo che le sue carte non siano lette da altri, e quindi che il *segreto postale* sia gelosamente rispettato. Questo diritto fu lungamente sconosciuto, persino nella libera Inghilterra, sicchè alcune costituzioni, con lodevole pensiero, lo garentirono espressamente come diritto di libertà. Il nostro Statuto, invece, tace sul proposito: ma il segreto postale è stato sufficientemente difeso dalle disposizioni della legge postale, e da quelle del codice penale, e, anche meglio, dall'onestà politica dei nostri uomini di Stato. Non meno giusto è il fondamento del segreto della corrispondenza telegrafica, ma tuttavia non è egualmente riconosciuto e difeso.

370. Come avviene in ogni rapporto giuridico, così abbiamo qui per questo diritto, accanto all'*affermazione*, il *limite*. Ed esso deriva da ragioni diverse:

1) Limite derivante da quella ragione suprema di ordine e sicurezza sociale che vuole assicurati i mezzi di arrestare e punire gli autori di un reato. Con ciò non si accenna tanto alla privazione della libertà che segue come pena ad una condanna, ma bensì a quella detenzione a cui può essere assoggettato il cittadino per il semplice fatto che egli sia sospetto autore di un reato (carcere preventivo). Due istituti temperano questa grave ma necessaria limitazione, impedendo per quanto è possibile l'arbitrio, e cioè: *a*) l'ordine di arresto deve emanare, con osservanza di forme legali e pei determinati reati, dall'autorità competente, cioè la giudiziaria (art. 181 e segg., Cod. Proc. Pen.), o, se il cittadino fu colto ed arrestato in flagranza, l'arresto deve essere legittimato o confermato dall'autorità giudiziaria con un procedimento rapidissimo che comincia 24 ore dopo l'arresto (art. 197 e segg., Cod. cit.); *b*) *la libertà provvisoria* la quale, con sufficienti guarentigie, va accordata al prevenuto (art. 205 e segg., Cod. cit.): parte cotesta

della nostra legislazione che meriterebbe una revisione tendente ad affermare e tutelare meglio il diritto del cittadino. Al fine medesimo e sul medesimo fondamento di tali restrizioni alla libertà personale, tendono altre disposizioni che limitano l'inviolabilità del domicilio, delle carte e delle lettere di un cittadino (art. 142 e segg., Cod. Proc. Pen.; art. 27, 31, legge sulle Poste, 5 maggio 1862). Il nostro diritto riconosce alcuni *poteri di Polizia* su certi individui (ammoniti, mendicanti, ec.) che possono indurre la privazione della loro libertà senza il concorso di quelle ragioni e di quelle garenzie, poteri eccezionali che hanno un carattere odioso e che possono solo giustificarsi, sino a certo punto, con ragioni transitorie di opportunità politica, ma non mai giuridiche.

371. — 2) La libertà personale può altresì essere limitata dall'obbligo che ogni cittadino ha di concorrere alla difesa e al miglioramento dell'organismo sociale. Alcune di queste limitazioni tendono ad apprestare allo Stato i mezzi per attuare la tutela del diritto fra i consociati, e non possono quindi venir meno senza compromettere la salute medesima dello Stato. Le principali fra esse sono: 1) quelle tendenti ad apprestare allo Stato la forza materiale per la difesa contro i nemici esterni e i perturbatori dell'ordine interno (servizio militare, che nei tempi recenti grava su tutti i cittadini, fisicamente idonei, indistintamente, per cui l'esercito è diventato garenzia preziosa di ordine e di libertà); 2) quelle tendenti ad apprestare alla giustizia gli schiarimenti necessari per l'accertamento di un reato (obbligo di testimonianza) e di sedere come giudici in una speciale giurisdizione penale (servizio di giurati, confr. n° 342); 3) quelle tendenti a limitare il principio di libera circolazione per ragioni di pubblica sanità (quarantene). Altri limiti dipendono dal concetto

dell' attività *sociale* dello Stato, e la loro giustificazione è quindi controversa, ma forma argomento di altre discipline: come esempio tipico, può addursi l' obbligo fatto ai padri di fare istruire i propri figli, non ritenendosi che sia lecita la libertà di restare ignoranti (istruzione obbligatoria).

Capitolo IV.

C) Proprietà.

372. — A proposito del diritto di proprietà trova anche luogo l' osservazione d' indole sistematica fatta per il diritto di libertà personale, cioè che esso se si vuole avere riguardo alla sua portata intrinseca, si riferirebbe, come diritto essenzialmente privato, alla nozione di libertà civile. Ma anche qui i precedenti storici resero *costituzionale* la proclamazione di questo diritto. Vi è poi una ragione speciale per cui l' argomento tocca il diritto pubblico. L' istituto della proprietà, come è noto, non suppone necessariamente la forma *individuale* di essa; questa forma è piuttosto un portato dell' evoluzione storica di quell' istituto, per cui da forme assolutamente collettive, esso è andato sempre più individualizzandosi. Il diritto pubblico sanziona con la sua dichiarazione questa forma assunta dalla proprietà, ma, d' altra parte, l' elemento della collettività non è così completamente scomparso che la ragion sociale non influisca ancora a temperare l' elemento dell' individualità. Questi rapporti formano obietto del diritto pubblico.

373. — L' art. 29 dello Statuto contiene innanzi tutto l' *affermazione* del diritto: « Tutte le proprietà, senza alcuna eccezione, sono inviolabili. » Con espressione più comprensiva e più esatta, diremo che la sovranità

dello Stato trova un limite al suo impero nel rispetto dei *diritti quesiti*. Questo obbligo non si estende quindi solamente al potere esecutivo ma anche al potere legislativo, comunque, in questo caso, manchi una garenzia giurisdizionale diretta (confr. n° 412). Il diritto pubblico riconosce dunque e difende la proprietà *individuale*, in quanto essa è, senza preoccuparsi della giustificazione storica o filosofica di questa forma speciale: argomento di altre scienze.

374. — Ma dopo l'affermazione, viene il limite. Esso, in generale, si giustifica dalle necessità della convivenza sociale. Per sacro che possa apparire il diritto di proprietà, il diritto alla personale integrità è certamente maggiore, eppure noi abbiamo visto che lo Stato può richiederne la limitazione e persino il sacrificio (n[i] 370, 371). Così dunque il riconoscimento della proprietà individuale, che avviene armonicamente al diritto in genere, non può riescire di nocumento e di ostacolo al diritto sociale e pretendere che il bene collettivo ceda dinanzi all'individuale. Questi limiti sono i seguenti:

375. — 1) Limiti sorgenti dal fatto della coesistenza di proprietà diverse e dalla necessità di regolarla: da ciò il concetto delle servitù stabilite dalla legge, materia appartenente al diritto civile;

2) Limiti sorgenti da ragioni di utilità generale, in rapporto a certe determinate maniere di proprietà, il cui esercizio sregolato nuocerebbe all'economia generale: di tal genere sono le regole particolari che lo Stato impone ai proprietari di foreste, certi consorzi obbligatorii fra vari condomini ec.

376. — 3) Limiti sorgenti da diritti particolari che lo Stato si riserva su certe forme di proprietà, escludendone i privati; trasformazione dell'istituto medioevale di *regalia*, che era di diritto pubblico quanto all'origine

e di diritto privato quanto all'attuazione. A questo concetto si potrebbe riferire il dominio su certi beni sottratti al privato commercio (beni di demanio pubblico) per ragioni di utilità generale, e certe attività economiche di cui lo Stato si riserva il *monopolio*, ora per il medesimo fine dell'utilità generale (esercizio delle poste e telegrafi, conio delle monete), ora per scopi fiscali (monopolio sul sale, sui tabacchi, sul lotto).

377. — 4) Un limite che affetta in generale tutte le private ricchezze è il diritto dello Stato di prelevarne una parte per sopperire ai suoi bisogni economici (diritto di *imposta*, in senso largo che abbraccia così le *tasse* pagate dal privato in rapporto immediato ad un servizio pubblico di cui si serve, come le *imposte* in senso stretto che, indipendentemente da ogni corrispettivo immediato, sono dovute per mantenere l'esistenza economica dello Stato). Il diritto pubblico moderno ha innovato sostanzialmente il principio dello Stato medioevale, per cui il diritto di imposta partecipava di elementi tolti al diritto privato e si fondava sul principio del corrispettivo; si pagava in vista di determinati servizi, privilegi, esenzioni. Per lo Stato moderno, l'obbligo del cittadino è puramente di diritto pubblico: esso origina dal vincolo di obbedienza politica che lega i sudditi al potere sovrano. Tuttavia, la forma rappresentativa conserva una garenzia essenziale, richiedendosi il voto del Parlamento (con prevalenza della Camera elettiva), per tutti quei provvedimenti che implicano un onere dei cittadini o impegnano le finanze dello Stato (nº 187). La tendenza delle odierne assemblee ha però frainteso questa missione di tutela, lasciandosi andare per la china pericolosa di disporre senza ritegno delle entrate dello Stato, col naturale effetto di aggravare le tasse corrisposte dai cittadini. Più conforme al fine primordiale della rappresentanza

è il principio che per consuetudine vige in Inghilterra e per il quale è vietato al Parlamento di prendere l'iniziativa di nuove spese.

378. — 5) Il principio che l'utilità generale non può arrestarsi dinanzi un diritto individuale, si afferma nella sua forma più comprensiva e più larga per via dell'istituto dell'*espropriazione per causa di utilità pubblica,* riconosciuto espressamente dal nostro Statuto (art. 29) e attuato da una legge particolare (25 giugno 1865, confr. pure la legge del 18 dicembre 1879). Qui non si tratta semplicemente di *limitare,* ma addirittura di sopprimere una proprietà privata, e perchè questa grave deroga al diritto individuale possa verificarsi, si richiedono varie condizioni essenziali: 1) l'accertamento *specifico* di un interesse generale (dichiarazione di pubblica utilità); 2) una « giusta indennità » che compensi integralmente il cittadino del valore patrimoniale di cui è spogliato; 3) forme di procedimento che riuniscano l'esattezza colla rapidità, e che garentiscano al cittadino il minimo danno e il più pronto soddisfacimento dei suoi diritti. I particolari su questa materia spettano al diritto amministrativo.

Capitolo V.

D) Libertà di coscienza e di culto.

379. — Nella sua genesi primordiale, la libertà di coscienza si svolge in una sfera che sfugge per sè stessa a qualsiasi sanzione giuridica. Il credere ad una o ad un'altra fede religiosa, dipende da una convinzione intima, su cui lo Stato, anche volendolo, non avrebbe mezzo di materialmente influire. Tuttavia, ogni fede religiosa necessariamente suppone atti esterni (osser-

vanze od omissioni), con cui si manifesta: in questo senso, può concepirsi che il diritto intervenga a regolare i rapporti che se ne ingenerano. La libertà di coscienza si connette quindi indissolubilmente e forma un problema unico con la libertà di *culto* o di *confessione*.

380. — Il diritto pubblico moderno garentisce questa libertà. Abbiamo visto come per sua natura medesima la coscienza sfugga ad ogni coazione esteriore; anzi fu detto giustamente che il manifestare un' opinione religiosa può essere non solo un diritto, ma un dovere, e lo Stato non può pretendere che il cittadino manchi a questo suo dovere e compia un atto di ipocrisia. La religione, che suppone di contenere un Vero assoluto, deve vincere e prevalere colla forza medesima che la verità accompagna: imporre la fede colla forza materiale è un atto insieme odioso ed immorale da cui lo Stato deve gelosamente astenersi. Conseguentemente, lo Stato moderno non riconosce fra i diritti e i doveri dei cittadini differenze di grado e di dignità dipendenti dalla differenza di confessione; esso è piuttosto interessato a tutelare e promuovere la pace e l' armonia pubblica che i dissensi religiosi profondamente conturbano, molto più se lo Stato vi interviene inasprendoli.

381. — Tuttavia un diritto così evidente è stato uno di quelli storicamente più controversi. Stati liberalissimi hanno concultato questa forma di libertà; e le religioni che, oppresse, reclamano per loro la tolleranza; trionfanti, la negano. Sino a tempi recentissimi (1829), i cattolici in Inghilterra potevano considerarsi fuori del diritto comune: a parte un gran numero di leggi iniquamente vessatorie, il così detto atto di supremazia e di conformità (1562) richiedeva da ogni cittadino, rivestito di una pubblica funzione, di abiurare la giurisdizione spirituale di qualsivoglia principe straniero, sotto pena di perdere il suo ufficio. Vietato ai ministri di altri culti

di esercitare le loro funzioni, dichiarato crimine di alto tradimento il proselitismo nel senso cattolico.[1]

382. — La ragione di questi speciali ostacoli che la libertà di coscienza ha incontrati, va ricercata principalmente nel carattere *confessionale*, che, specialmente sotto l'influenza delle idee della teologia cristiana, lo Stato si è per lungo tempo attribuito. Qui il problema si riannoda con l'altro più largo *dei rapporti fra lo Stato e la Chiesa*, argomento di cui si occupa una branca particolare del diritto pubblico, detto appunto *ecclesiastico*. La questione, tuttavia, ha un lato che si connette strettamente con quella della libertà religiosa; dappoichè si comprende, comunque non si giustifichi, che quegli Stati i quali credevano di avere una missione religiosa da attuare in questa terra, si servissero di mezzi coattivi contro coloro che questa fede ufficiale non abbracciassero. Nè bisogna credere che questi mezzi possano essere solo violenti, come col considerare e punire l'eresia come crimine, e mettendo completamente fuori del diritto gli eretici. Anche ridotta nei limiti più moderati, la semplice esistenza di una « religione dello Stato » implica sempre una lesione del principio di libertà di coscienza, in quanto l'appartenere alla religione ufficiale garentisce ai credenti in essa dei privilegi particolari che alle altre mancano. Anche considerando la questione solo dal lato economico, quando lo Stato col suo bilancio contribuisce alle spese di culto di una data religione, i non credenti in essa sono obbligati pure a contribuire alle spese di una religione che credono falsa.

383. — Premesse queste nozioni le quali concernono l'*affermazione* del diritto, vediamo i modi particolari con cui lo Stato lo attua, e cioè: *a*) negativamente, astenen-

[1] Confr. Fischel, *La constitution d'Angleterre* (trad. franc.), I, 7.

dosi dall'imporre o raccomandare alcuna speciale confessione religiosa e dallo influire indirettamente sulla scelta di essa garentendo particolari privilegi a chi professi una fede determinata; *b*) positivamente, tutelando col suo intervento la reciproca e pacifica coesistenza dei culti diversi, nelle loro legittime manifestazioni esterne.

384. — Accanto all'*affermazione*, come sempre, sta il *limite*. Esso sorge in primo luogo, come si è accennato, dal fatto medesimo della coesistenza di culti diversi, per cui non è lecito ad alcuno di essi di estendere la propria libertà sino a ledere quella degli altri. In generale poi si comprende che il riconoscimento della libertà dei culti si accorda armonicamente con tutto il sistema del diritto pubblico di uno Stato, e non può ammettersi che alcuna manifestazione di quelli lo turbi o lo leda. Quando un atto esterno del culto contravviene all'ordine giuridico, non si può, per mantenerlo, invocare il principio di libertà religiosa: nè importa che quell'atto si compia nella sfera interna di una associazione religiosa. Così, per esempio, contro un apostata potrà l'autorità ecclesiastica rivolgere tutte le armi spirituali di cui dispone, ma non potrà materialmente nuocere alla persona di lui o limitarne la libertà, senza che lo Stato intervenga per difendere la integrità personale di un cittadino che avrà per avventura mancato ad un dovere di coscienza, su cui però le leggi umane non possono ingerirsi.

385. — Bisogna tuttavia avvertire che quando si afferma che lo Stato moderno non deve avere carattere confessionale, non s'intende con ciò dire che esso debba completamente disinteressarsi per quanto attiene alle quistioni di ordine religioso che pure sono tanta parte della vita spirituale e politica di un popolo. Il principio di libertà religiosa va inteso nel senso che ab-

biamo spiegato e non implica necessariamente la formula di « Libera Chiesa in libero Stato » la quale elevata a principio giuridico può contenere un grave e pericoloso errore. I rapporti ecclesiastici possono dar luogo a molti e gravi rapporti giuridici di vario ordine nei quali lo Stato ha il diritto e il dovere d'intervenire per regolarli. Anche i particolari di questa materia formano obbietto del diritto pubblico ecclesiastico.

386. — E veniamo all'esame del diritto positivo italiano. L'art. 1° dello Statuto così dice: « La Religione Cattolica, Apostolica e Romana è la sola *religione dello Stato*. Gli altri culti *ora esistenti* sono *tollerati*, conformemente alle leggi. » Stando al senso letterale di quest' articolo, si direbbe in primo luogo che nello Stato italiano esiste una religione ufficiale; secondariamente che fra tutti i culti non vi sia parità di trattamento, ma uno privilegiato ed altri tollerati. Nel fatto però questo articolo non ha vigore, non solo per desuetudine, come generalmente si suol dire, ma anche perchè altre leggi vi hanno derogato. Così la quistione dei rapporti fra la Chiesa cattolica e lo Stato fu regolata dalla legge del 13 maggio 1871, la quale tolse allo Stato italiano ogni carattere confessionale. Così pure in tutto il nostro diritto non esiste alcuna traccia di privilegi accordati ad alcuna confessione, come, viceversa, il professare una fede particolare non ha alcuna influenza sui diritti civili e politici del cittadino. Le disposizioni penali che si contengono nel Tit. II, L. II del Cod. Pen. per i reati contro il culto, non fanno alcuna distinzione essenziale fra le varie religioni: restavano solo alcune differenze formali che il nuovo codice ha cancellato. Si può dunque asserire che nel nostro diritto pubblico la libertà di coscienza è riconosciuta press' a poco in quei termini che noi teoricamente avevamo fermati.

Capitolo VI.

E) **Libertà d' opinione e di stampa.**[1]

387. — Non diversa da quella della libertà religiosa è la genesi della libertà di parola. Il pensiero è per sè stesso libero; sfugge come tale a qualsiasi giuridica sanzione. Questa libertà è uno dei modi più elevati, il più elevato anzi fra tutti, onde l' uomo afferma la sua personalità. Perciò, quando il pensiero si esterna per mezzo della *parola,* resta tuttavia saldo il fondamento della libertà di esso. Lo Stato manca di competenza per intervenirvi. Certo, astrattamente, parrebbe (e questo sofisma non si è mancato di addurre) che lo Stato non dovrebbe permettere l' affermazione del male e del falso, mentre è altamente interessato a promuovere e difendere la diffusione del vero e del giusto. Ma questo argomento suppone che lo Stato abbia mezzi di conoscere e di discernere in modo assoluto che cosa sia la verità. Mentre, al contrario, la storia dello sviluppo del pensiero umano ci dimostra quanto deboli siano per tal riguardo le forze dell' umana intelligenza e quanto relativi i risultati cui essa perviene. Affermazioni, le quali ai contemporanei sembrarono mostruose eresie o aberrazioni di ingegno malato, furono poi dai secoli posteriori riconosciute e ammesse come grandi ed indiscutibili verità.

388. — Qualche autore recente ha voluto affermare che la persecuzione dei sostenitori di idee difformi da quelle generalmente accolte in un' età determinata, risponde ad un bisogno della natura umana, che fino a certo punto giustifica il fatto; in quanto quella viva fede,

---

[1] Confr. Bonasi, *Sulla legge della stampa* (Bologna, 1884).

quell'intima persuasione che nella moltitudine degli uomini ispira una credenza, sia poi di ordine scientifico, o morale, o estetico, li rende poi naturalmente intolleranti contro chi una tale credenza rinneghi.[1] A quest'osservazione non manca il pregio dell'acutezza; ma se essa serve assai bene a spiegare il fatto, così comune alla storia di tutti i tempi, della persecuzione contro idee novatrici, non può certo valere come una giustificazione di esso. Certo, esiste quel sentimento nella umana natura; ma se una ragione più progredita e fondata sulla dolorosa esperienza dei tempi passati ci ha pur troppo mostrati i perniciosi effetti di quella tendenza, ciò importa che tanto più gelosamente dovremo stare in guardia contro di essa. Se l'idea novella contiene la verità, le persecuzioni non impediranno il trionfo di essa; se un errore, l'aperta discussione non farà che metterlo più rapidamente in vista; e le persecuzioni, inutilmente odiose, potranno anche essere nocive, sovraeccitando il fervore fanatico di coloro che quell'errore professano.

389. — Bene dunque il diritto pubblico moderno ha riconosciuto come uno dei diritti fondamentali dei cittadini la libertà di pensare, parlare e scrivere come meglio loro piace. Se non che anche questo diritto ha il suo *limite,* le cui origini in generale possono essere di due maniere. La prima deriva dal diritto penale comune. Incombe allo Stato, come suo dovere essenziale, di reprimere e punire le infrazioni delittuose del diritto. Ora negli elementi della scienza criminale sta che il diritto può essere violato non solo col fare, ma ben anche col dire: ingiuriare un uomo costituisce un reato come il ferirlo, comunque vari la intensità

---

[1] MONTAGUE, *Limiti della libertà individuale*, cap. VII, pag. 633 (della trad. it. nella *Biblioteca di Sc. politiche,* vol. V).

delle due azioni. La libera espressione del proprio pensiero trova quindi un naturale limite nel rispetto delle leggi che regolano l' ordinamento giuridico della comunità.

390. — Ma dal punto di vista della scienza nostra presenta un interesse maggiore la seconda maniera del limite. Le istituzioni vigenti presso un dato popolo, e in particolare le politiche, possono essere per sè stesse obietto di discussione e di controversia, ed in rapporto a questo argomento trova pienamente luogo il principio di libertà di parola. Se non che la discussione non può nè deve degenerare in insulto. Questo offenderebbe il sentimento della comunità, tradotto in stabili istituti, i quali hanno per ciò stesso il diritto di essere rispettati, comunque discussi. Così una manifestazione di opinioni può costituire una figura particolare di *reato politico:* e sarebbe un errore credere, come qualcuno ha fatto, che in questo caso si difenda quel principio che in particolare informa le istituzioni vigenti, sicchè un fatto che costituisce reato sotto una monarchia, possa diventare meritorio sotto una repubblica. Questa contradizione con cui si è voluto negare il fondamento giuridico alla repressione di quei reati, non è che apparente. Chi offende il principio monarchico sotto una monarchia è punito non per una ragione contraria, ma per una ragione identica a quella per cui è punito chi offende il principio repubblicano sotto una repubblica, cioè che non è lecito insultare e discreditare le istituzioni giuridicamente riconosciute; non importa poi quali esse siano. Quando è poi che la discussione lecita degenera nell' offesa punibile? È questa una valutazione di fatto per cui la scienza non può offrire alcun criterio assoluto, pur ritenendo preferibile una tendenza liberale: *in dubiis pro libertate.*

391. — Questi i principii fondamentali della materia.

Ma uopo è soffermarci sopra un'applicazione particolare di essi, la quale nei tempi moderni ha raggiunto una così straordinaria importanza da meritare un'adeguata trattazione. Noi accenniamo a quella maniera speciale onde il pensiero si esterna e si diffonde con maravigliosa rapidità, cioè la *stampa*. In verità, nessuna ragione di distinguere può impedirci dall'applicare il principio della libertà di parola alla libertà di stampa. Tuttavia la potenza straordinaria che questa ha saputo acquistare l'ha resa così temibile e così temuta, che si è tentato di porvi freni particolari, specialmente per via della così detta *censura*, autorizzazione preventiva che il potere esecutivo si riserva di dare per la pubblicazione di uno stampato. Nella medesima Inghilterra, quantunque la censura non facesse parte del *Diritto comune*, pure fu in vari periodi introdotta sino alla fine del secolo XVII e, anche dopo, la repressione dei reati di stampa (libello) è stata improntata ad una durezza che rasenta l'iniquità e ad una incertezza che rasenta l'arbitrio. In generale però può dirsi che gli Stati liberali moderni non riconoscono più quasi del tutto questo freno speciale (art. 28, Stat. cit. appresso).

392. — Esiste tuttavia una maniera di stampa, la quale costituisce in fatto una tale specialità, che giustifica uno speciale trattamento giuridico: accenniamo alla *stampa politica periodica*. Essa oramai costituisce uno dei mezzi più potenti con cui da un lato l'opinione pubblica si manifesta, e dall'altro si può sull'opinione pubblica influire: può fare quindi grandissimo bene e grandissimo male. Anche qui appare conveniente che lo Stato rispetti il principio di libertà; ma dall'altro lato non lasci del tutto sregolate le manifestazioni di questa forza sociale, e si assicuri i mezzi onde impedire che degeneri in licenza e di prontamente reprimerla quando se ne verifichi il caso.

393. — Ma la più acconcia illustrazione di questi principii generali possiamo averla in rapporti più concreti e cioè esponendo ed esaminando le disposizioni che regolano la materia secondo il nostro diritto pubblico positivo. L' art. 28 dello Statuto afferma in generale il principio di libertà di parola nella sua forma più saliente, cioè la stampa:[1] ma aggiunge il limite in forma altresì generale, e riferendosene per il resto alle altre leggi. E il diritto penale comune eleva difatti a reato tutte quelle manifestazioni del pensiero, le quali, secondo il principio da noi stabilito, violano il diritto in genere e in particolare il diritto politico. Così in primo luogo, la diffamazione (la quale, se fatta per mezzo di scritto o di stampa, costituisce il libello famoso) o l' ingiuria, costituiscono reati (art. 570 e seg., Cod. Pen.): senza che l' imputato possa a sua discolpa provare la verità dei fatti asseriti, salvo che l' offeso non lo consenta (art. 577), pel principio che non spetta al privato di arrogarsi il diritto di censurare la vita privata di un altro cittadino anche quando questi sia di censura meritevole. Come offensori di opinioni generalmente ricevute sono puniti coloro che offendano le religioni (art. 185, 187, 188).

394. — Questa la parte del diritto comune. La stampa è regolata da una legge apposita (Editto 26 marzo 1848). Qui troviamo in primo luogo figure speciali di reati, dichiarate tali in conseguenza del mezzo con cui si verificano, cioè la stampa: così la semplice provocazione a commettere reati (art. 13 e seg.); l' offesa contro i buoni costumi (art. 17), contro la persona del Re

[1] Il 2° comma di quest' articolo introduce un' eccezione, istituendo una speciale censura per le bibbie, catechismi, libri liturgici e di preghiere, che non dovrebbero essere stampati senza il preventivo permesso del vescovo. Questo paragrafo però è per desuetudine inosservato.

e della famiglia reale (art. 19, 20), contro il Senato e la Camera dei deputati (art. 21), i sovrani e capi di governo esteri (art. 25), l'offesa contro l'inviolabilità del diritto di proprietà, la santità del giuramento, il rispetto dovuto alle leggi, l'ordinamento della famiglia, o l'apologia di fatti, qualificati crimini, e la provocazione all'odio fra le varie condizioni sociali (art. 24): altre disposizioni poi aggravano la pena per certi reati comuni, in riguardo al modo di loro consumazione (articoli 16, 27 e seg.).

395. — Questo per quanto riguarda i titoli di reato. Quanto all'autore, l'art. 4 distingue, pei reati di stampa in generale, tre responsabilità subordinate: in primo luogo contro l'autore dello scritto; se questo non è conosciuto, contro l'editore; e se nemmeno questo è conosciuto, contro lo stampatore, a meno che questi non provi di avere operato inscientemente (art. 5). A queste disposizioni però si deroga per quanto riguarda le pubblicazioni periodiche. Per queste non si richiede nè autorizzazione preventiva, nè cauzione; basta una dichiarazione, dalla quale consti la natura della pubblicazione, il nome della tipografia, e di chi assume la pubblicazione, il quale deve essere cittadino del regno che goda piena capacità civile, nonchè l'esistenza di un così detto *gerente responsabile*. Questi è il solo che sia punibile pei reati di stampa per mezzo di quel giornale commessi, quale presunto autore di tutti gli scritti: il vero autore non è punibile se non quando avrà sottoscritto l'articolo incriminato (art. 47).

396. — Segue finalmente la specialità nella competenza. Per una maggiore garenzia riguardo all'indole politica di questi reati, la cognizione di essi è devoluta al giudizio dei giurati. Si concede però all'autorità, per mezzo del pubblico ministero, il diritto di sequestrare gli stampati che contengono l'articolo incriminato (art. 52);

salvo però il definitivo giudizio che spetta all'autorità giudiziaria. È certamente, cotesto, un mezzo *preventivo:* ma appare abbastanza giustificato dalla necessità, e frenato dall'indole speciale del funzionario cui è affidato.

397. — Queste le disposizioni principali della legge nostra, sufficienti per avere un adeguato concetto del sistema cui essa si ispira. In generale, come si vede, noi vi troviamo attuati quei principii da noi teoricamente posti; onde è che la nostra legge può lodarsi come savia e liberale, il che non toglie che essa sembri tuttavia meritevole di riforma in qualche parte. Così non a torto si è censurata la vaghezza del modo con cui taluni reati sono definiti, come « l'adesione ad altra forma di governo » o « l'impugnare l'autorità costituzionale del Re e delle Camere, » espressioni per le quali anche un semplice esame scientifico potrebbe diventare punibile. Ma specialmente poi non sembra che l'attuale legge si ispiri ai veri principii di diritto, per quanto riguarda la istituzione del gerente. Questa responsabilità che si addossa in virtù di una presunzione, la quale può per avventura essere anche non vera ed è anzi il più delle volte non vera, è cosa contraria così al diritto come alla morale. Dall'altro lato poi, negli effetti sociali, la repressione riesce affatto irrisoria, poichè ciò che importa per la reintegrazione di un diritto offeso, è la punizione del *reo* e non già di un capro espiatorio qualsiasi. Così infatti, a parte le manifestazioni di idee politiche verso le quali si comprenderebbe una certa larghezza, è avvenuto che l'onore e la dignità dei cittadini si sono trovati esposti senza difesa alle contumelie ed alle calunnie di una stampa immorale che di un diritto di libertà politica si serve per fini bassamente personali. Meglio sarebbe cancellare l'assurda ed iniqua responsabilità del gerente e ritornare al diritto comune dichiarando la responsabilità dell'autore

dello scritto ed in mancanza del direttore del giornale, del quale davvero può stabilirsi una presunzione generale di responsabilità. L' unica obiezione, che a questo sistema si rivolge, concerne la difficoltà di accertare, in simili casi, la persona del reo: argomento di fatto, di cui per avventura si esagera l' importanza e che ad ogni modo si verifica a proposito di tutti i reati, gli autori dei quali cercano naturalmente ogni mezzo di non far ritrovare le loro tracce dalla giustizia punitiva.

Capitolo VII.

F) Libertà di riunione e di associazione.[1]

398. — Semplice è il concetto di queste due forme analoghe, ma distinte, di libertà politica. L' associazione importa una convenzione permanente, consentita da varie persone, di riunire le loro forze pel raggiungimento di un fine comune: la differenza del fine qualifica le varie associazioni, che possono quindi essere civili, commerciali, scientifiche, religiose, politiche, e a queste ultime, naturalmente, si intende riferire quel diritto di libertà. La riunione invece suppone un convegno temporaneo di più persone in luogo pubblico per discutere e deliberare sopra un argomento di natura politica in seguito all' avviso di un comitato ordinatore. Quando la riunione non è preventivamente organizzata, ma accidentale, si suole chiamarla *assembramento.*

399. — Semplice è il concetto, semplice ne sarebbe la giustificazione, se i sofismi e gli errori non avessero tentato e non fossero in parte riusciti ad offuscare i veri principii. Sotto l' influenza delle dottrine della scuola contrattuale e radicale, sviluppate ed attuate dal così

---

[1] Confr. Arcoleo, *Riunioni ed associazioni politiche* (Napoli, 1878).

detto *giacobinismo,* si vide nelle associazioni, come nelle riunioni, vere rappresentanze *organiche* del popolo, veri *istituti di diritto pubblico,* che avevano diritto ad un'influenza diretta ed ordinata sull'indirizzo della cosa pubblica. L'intrinseca falsità di questo concetto appare manifesta. La riunione e l'associazione sono manifestazioni collettive di forze individuali, nel modo stesso che sono affermazioni di diritti individuali e, quindi, essenzialmente *volontarie.* Esse perciò non possono sostituirsi nè hanno nulla di comune cogli istituti di diritto pubblico che organizzano le forme, onde la volontà popolare organicamente si estrinseca. Ed è interessante rilevare come l'equivoco radicale sia stato nel suo principio informatore ripetuto da uno scrittore da quella scuola tanto remoto, per venire ad opposte conclusioni. Parve allo Stein che le associazioni libere fossero, come quelle naturali (comuni), organi del governo e, come tali, subordinate ad esso.[1] Anche qui questo concetto organico appare in antitesi con l'indole *accidentale* e *volontaria* di quelle manifestazioni.

400. — Fermata così la nozione, chiaro appare il fondamento di queste libertà. Esse si connettono da un lato col principio di libertà di discussione, di cui sono per così dire la espressione collettiva; dall'altro lato sono un mezzo potente di educazione politica nei cittadini, un segno della parte viva che essi prendono alla vita pubblica, e, per ciò stesso, lo Stato ha il dovere di riconoscere e garentire simili affermazioni.

401. — La storia costituzionale di questi diritti risente di questo vario modo con cui essi sono stati intesi e in conseguenza dei timori e delle diffidenze, che il loro esercizio ha ispirato ai governi. Nell'Inghilterra, le associazioni e le assemblee popolari hanno spie-

---

[1] STEIN, *Die Verwaltungslehre,* 1ª ed., I, 226, 559 e segg.

gato la loro efficacia entro i limiti che loro sono davvero propri; e sono valse come mezzi potenti coi quali la pubblica opinione, pur contenendosi gelosamente nei limiti dell'ordine e della legalità, ha conseguito straordinari risultati. Molte radicali riforme che hanno profondamente trasformato l'odierno Diritto pubblico inglese sono state precedute e in gran parte preparate e determinate da formidabili ma ordinatissime manifestazioni della pubblica opinione per mezzo di leghe e di *meetings* (per esempio, l'emancipazione dei cattolici nel 1829, l'abolizione dei dazi sui cereali nel 1846, le tre riforme elettorali del 1832, 1866 e 1885). In Francia invece, nei periodi rivoluzionari, i *clubs* si appropriarono poteri quali corpi costituiti, mentre nei periodi di reazione la loro esistenza politica è stata subordinata alla volontà e al permesso del potere esecutivo, come *a priori* contrari all'ordine pubblico.

402. — In Italia la materia dà luogo ad alquanta incertezza. Cominciamo dal diritto di riunione. L'art. 32 dello Statuto così dice: « È riconosciuto il diritto di adunarsi pacificamente e senz'armi, uniformandosi alle leggi che possono regolarne l'esercizio nell'interesse della cosa pubblica. Questa disposizione non è applicabile alle adunanze in luoghi pubblici od aperti al pubblico, i quali rimangono interamente soggetti alle leggi di polizia. » Si vede facilmente come la redazione di questo articolo sia infelice. Il riconoscere il diritto di riunione solo in luoghi non pubblici è cosa priva di senso, in quanto in tal caso esso è d'altronde garentito dal principio di inviolabilità del domicilio. Se quindi si vuol essere rigorosi nell'interpetrazione di quell'articolo, bisognerebbe ritenere che il vero e proprio diritto di riunione, cioè quando l'adunanza si tiene in luoghi pubblici, venga senz'altro abbandonato alle leggi di polizia e vi si neghi quindi il fondamento costituzionale.

403. — Tuttavia l'insieme delle nostre consuetudini, e le disposizioni delle altre leggi hanno supplito alla deficienza della legge statutale. La materia è trattata agli art. 25-29 della legge sulla pubblica sicurezza (20 marzo 1865) la quale si limita a regolare il caso in cui sia necessario sciogliere una riunione o un assembramento nell'interesse dell'ordine pubblico, stabilendo le seguenti garenzie: che l'uso della forza sia preceduto da un invito, e in seguito, quando questo riesca infruttuoso, da tre formali intimazioni distinte, ciascuna delle quali preceduta da uno squillo di tromba. Il silenzio della legge per quanto riguarda la concessione di un'autorizzazione preventiva nel vero senso della parola mostra chiaramente come essa non sia richiesta; tuttavia la consuetudine vuole che si avverta l'autorità di pubblica sicurezza che la riunione ha luogo: consuetudine, la quale non può non lodarsi nell'interesse dell'ordine pubblico in generale e della riunione medesima, la cui tranquillità viene così garentita. Di questa notizia preventiva (che del resto potrebbe non difficilmente aversi, per la pubblicità medesima con cui questo diritto si esercita) può l'autorità servirsi per proibire la riunione, diritto questo che, come l'altro di sciogliere la riunione, non può certo negarsi, costituendo quel *limite,* che impedisce che il diritto degeneri in licenza. I criteri poi, secondo i quali va questo limite applicato, dipendono da una valutazione specifica per cui mancano criteri *a priori.* Solo si può ritenere che il diritto di riunione cessi quando esso, sia pure indirettamente, induce un perturbamento nell'ordine pubblico; e dall'altro lato la facoltà di discussione e di deliberazione trova, per analoghe ragioni, limiti analoghi a quelli da noi ricordati a proposito della libertà di parola e di stampa (confr. nº 390).

404. — Anche più delicato è l'argomento concer-

nente il diritto di associazione. Lo Statuto non ne fa alcun cenno, quantunque il primo comma dell'art. 32 cit. potrebbe implicitamente contenerne la dichiarazione, poichè la riunione in un luogo non pubblico, quando avvenga periodicamente, può sembrare che accenni all'esistenza di una associazione. Manca del resto qualsiasi altra disposizione legislativa, salvo quelle repressive del diritto penale. La materia è quindi tutta regolata dalla consuetudine, nel determinare la quale ha una parte non lieve la giurisprudenza parlamentare, quale si è manifestata nelle varie discussioni, che hanno avuto luogo nella Camera dei deputati su questo argomento, e specialmente nella tornata del 3 aprile 1879, quando le dichiarazioni del ministro Depretis stabilivano le norme di cui il governo si sarebbe servito, e di cui la Camera nella seduta del giorno seguente prese atto, approvando un ordine del giorno Spantigati con 273 voti contro 73.

405. — Questo diritto consuetudinario può riassumersi nelle regole seguenti. Una associazione politica può costituirsi senza autorizzazione alcuna del potere esecutivo, nè comunicazione dello scopo o dei membri di essa. Nella sua sfera interna, l'associazione gode di una piena libertà, la quale, finchè essa resta nel campo meramente speculativo, non può dar luogo ad alcuna repressione, nemmeno quando questo fine non sia conforme agli ordini politici esistenti. Diversamente avviene quando l'associazione si afferma con atti esterni, e potrebbe allora dirsi che, in rapporto ad essi, vige il diritto comune e lo Stato ha allora il diritto e il dovere d'intervenire e di reprimere quelle manifestazioni che violino l'ordine giuridico. Sicchè se questo fatto implica per sè stesso un reato, gli autori ne risponderanno naturalmente con le norme del diritto penale comune. Ma anche indipendentemente da ciò, ha in tal

caso lo Stato il diritto di sciogliere quelle associazioni, che si siano rese pericolose per la sicurezza dello Stato.

406. Ognun vede come, fermati anche questi principii, resti un largo campo alle incertezze e ai dubbi. Quand'è che puossi ritenere che un'associazione dal semplice campo speculativo spieghi un'azione esterna e perciò reprimibile? Quand'è che un'associazione debba ritenersi pericolosa per l'ordine pubblico, se tuttavia i membri di essa non si sono resi colpevoli, in concreto, di alcun atto delittuoso? Certo in ciò bisogna fare larga parte da un lato alla giusta saviezza dell'uomo di Stato, dall'altro alla valutazione specifica dei casi diversi. Ma certe questioni si presentano con un carattere generale che renderebbe desiderabile una norma sicura. Ed in concreto, il semplice fatto dell'esistenza, pubblicamente affermato, di una società il cui scopo tende palesemente alla distruzione dell'ordine stabilito, non costituisce per sè stesso un pericolo per lo Stato, ed una ragione sufficiente per sciogliere quell'associazione? E il far parte di un'associazione, il cui fine implica attentato alla sicurezza interna ed esterna dello Stato, deve ritenersi per sè medesimo un reato, in applicazione del principio di diritto penale comune sancito nell'art. 426, Cod. Pen.? E ammesso nello Stato il diritto di scioglimento di un'associazione, in qual modo esso avrà luogo e quale ne sarà la sanzione? Questioni tutte la cui risoluzione sarebbe desiderabile che avesse base in una legge positiva, la quale riescirebbe perciò opportuna, pur convenendo non essere possibile nè forse conveniente pretendere di potere disciplinare legislativamente tutta la materia in cui il criterio politico bisogna che spesso si sostituisca al criterio giuridico insufficiente.

Capitolo VIII.

G) Diritto di petizione.

407. — Ultimo, nella enumerazione dei diritti di libertà politica, viene il così detto diritto di *petizione*. Il concetto di esso sta nella facoltà del cittadino di promuovere una domanda alla suprema autorità politica ed in concreto ad una delle due Camere rappresentative, sia per esprimere un bisogno di indole generale, sia per lamentare un abuso di cui personalmente sia stato vittima. Nella sua origine, presso la costituzione inglese, il diritto di petizione si riannodava colle facoltà giurisdizionali del Parlamento e in ispecie era l'espressione di un'azione *sui generis*, diretta dal cittadino contro il fatto di un'autorità amministrativa. In seguito però prevalse l'altro carattere e nella petizione si vide una delle forme con cui lo spirito pubblico poteva manifestarsi intorno ad una riforma legislativa, e in tal modo formò parte del diritto comune, come diritto di libertà individuale. In Francia quel diritto diede luogo ai soliti eccessi; e nelle assemblee rivoluzionarie, essendo stato permesso che le petizioni fossero *collettive* e che gli autori di esse potessero personalmente presentarsi, ne avvenivano quelle invasioni delle moltitudini in seno alla Camera, che turbavano profondamente il regolare esercizio della funzione legislativa, togliendole libertà e dignità.

408. — In Italia questo diritto è regolato dagli articoli 57, 58 dello Statuto, dal cap. 8° del Regolamento della Camera dei deputati e dal cap. 8° del Regolamento del Senato. L'art. 57 riconosce in primo luogo il diritto del cittadino, mettendo come condizione la maggiore età. La petizione deve perciò essere accom-

pagnata dalla fede di nascita; e per aversi una garanzia dell'autenticità bisogna che la firma sia legalizzata dal sindaco, e che la petizione sia presentata da un deputato. Un limite essenziale, che vuole ovviare agli inconvenienti lamentatisi in Francia, consiste da un lato nel divieto di presentare personalmente la petizione, e dall'altro lato nel divieto delle petizioni collettive, meno per le autorità costituite (art. 58). La petizione è prima esaminata da una Giunta apposita, permanente per tutta la sessione, che ne riferisce alla Camera, la quale o vota su di essa l'ordine del giorno puro e semplice o, se la crede degna di considerazione, la rimette agli uffici o al ministro competente (art. 57). Questa diversità del provvedimento corrisponde alla duplice portata diversa del diritto, quale fu da noi accennato. Difatti, se la petizione reclama una riforma legislativa, il valutarla dipenderà da quegli uffici dove appunto il lavoro legislativo ha il suo cominciamento. Se invece si tratta di un torto che il cittadino lamenta, o di un giusto interesse suo da tutelare, il provvedimento dovrà provenire dal ministro competente nella sfera di affari di cui si tratta.

409. — Si è lamentato che il diritto di petizione non ha praticamente alcuna importanza, soprattutto per la indifferenza con cui è trattato dalla Camera e pel nessun conto che ne fa il potere esecutivo. Ma questa inefficacia del diritto è una conseguenza dell'indole medesima di esso, messo in rapporto coi principii del diritto pubblico moderno. Due sono, come abbiam visto, gli scopi che questo diritto può prefiggersi: o l'espressione di un bisogno sentito dallo spirito pubblico (a cui risponde il rimettersi della domanda agli uffici, che ne terranno conto nella formazione di nuove leggi) o il lamento di un'ingiustizia dal cittadino sofferta (a cui corrisponde il rimettersi la petizione al ministro

competente). Ora, nel primo senso, il diritto di petizione valendo come espressione dell'opinione pubblica, è naturale che lieve ne sia diventata la importanza di fronte a mezzi incomparabilmente più potenti, quali sono la stampa, la riunione, l'associazione: sicchè quanto più questi ultimi sono garentiti ed esercitati, tanto più dovrà il primo perdere di efficacia. Quanto alla riparazione di un danno ingiustamente sofferto, essa suppone una valutazione di fatto e di diritto per la quale un'assemblea politica è certamente incompetente. Dall'altro lato poi se ad ogni domanda di un cittadino la Camera dovesse tramutarsi in corte di giustizia e di equità, finirebbe col non avere più tempo nè modo per l'esercizio delle altre sue essenziali funzioni. Per ciò stesso non ha importanza il rimedio che alcuno proponeva, per dare efficacia a questo diritto, cioè di obbligare in ogni caso il ministro à dare una risposta sulla petizione trasmessagli. Ma perchè questa risposta non diventasse una formalità irrisoria, bisognerebbe che, caso per caso, la Camera valutasse la giustizia e convenienza di essa, cioè istituisse quel giudizio, che abbiam detto non essere possibile nè conveniente. Sarebbe solo da consigliare l'imitazione della consuetudine inglese, per la quale, coerentemente al fine proprio di quel diritto, il quale non è in fondo altro che di dare una maniera di pubblicità al reclamo del cittadino, il sunto delle petizioni ammesse viene inserito nella stampa degli atti parlamentari.

CAPITOLO IX.

Guarentigie della libertà.

A) Guarentigie giurisdizionali.[1]

410. — Abbiamo già fermata la nozione di questa maniera di guarentigie, e rilevato come essa consista nell'accertamento e nella difesa di un diritto privato del cittadino, che sia stato leso dall'azione dello Stato (confr. nº 363). Si presenta qui naturale una distinzione: dappoichè noi sappiamo come l'attività dello Stato si distingua secondo tre grandi direzioni, cui corrisponde la divisione nei tre così detti poteri (confr. nⁱ 91, 95). La sfera giuridica individuale può quindi venire, astrattamente, in rapporto con l'attività legislativa, giudiziaria, esecutiva dello Stato. Vediamo se e come in rapporto ad ognuna di queste attività si ponga e si risolva il problema delle guarentigie giurisdizionali.

411. — E primieramente in rapporto al potere giudiziario. Ha la libertà civile del privato una guarentigia contro l'atto del potere giudiziario? Tutto il diritto procedurale tende a prevenire la possibilità che il diritto del cittadino, per errore o per malafede, venga leso o negato dal giudice: ed è soprattutto a questo fine che tendono i diversi gradi di giurisdizione per cui le sentenze di un primo magistrato sono soggette alla revisione di altro magistrato superiore, che dia maggiori guarentigie di oculatezza e di maturità. Ma supponiamo che oramai d'atto del potere giudiziario sia definitivo: se il cittadino assume che con esso il suo diritto è stato offeso, avrà egli una difesa giurisdizionale? La soluzione di tale questione deve essere

[1] Confr. il libro I della nostra *Teoria giur.* cit.

assolutamente negativa. Il potere giudiziario è per sè stesso la fonte di ogni giurisdizione, e sarebbe contraddittorio supporre che su di esso potesse esercitarsi una revisione giurisdizionale. Così è che la sentenza definitiva ha per sè una presunzione assoluta di verità: sicchè, a stretto rigore, non solo non è concepibile la difesa giurisdizionale, ma manca l'ipotesi di essa, cioè l'offesa di un diritto. Ciò che il magistrato ha dichiarato con sentenza irrevocabile è il « diritto di una fattispecie; » e non può ammettersi che essa contenga una violazione del diritto altrui. Può nel fatto avvenire diversamente; ma la santità della cosa giudicata implica un interesse generale così elevato che il danno eventuale del particolare non può indurre una deroga al rispetto assoluto che a quella si deve.

412. — Non diversa è la soluzione della questione per quanto riguarda la difesa giurisdizionale avverso un atto del potere legislativo. Astrattamente, il potere legislativo non può far male nè ledere alcun diritto del privato, e ciò per la ragione intuitiva che la legge si presume che sia l'espressione del diritto come norma generale, nel modo stesso che il giudicato contiene la dichiarazione del diritto in un caso speciale. Il nuovo provvedimento legislativo può certamente ledere molti interessi: ogni progresso non si disgiunge da qualche sacrificio individuale. Ma se questa ragione può consigliare all'uomo di Stato di rendere, per ragion d'equità, meno brusca e meno violenta la scossa che quegli interessi ne soffrono, certo è che essi, appunto perchè in ipotesi incompatibili col nuovo diritto, non possono aspirare ad una vera e propria tutela giuridica. Certo, può anche nel fatto avvenire che per ignoranza o malvagità di coloro, a cui è in concreto affidata la funzione legislativa, la legge riesca cattiva od iniqua; in questo caso potrà il cittadino protestare contro di essa con l'esercizio

dei suoi diritti politici, quali le associazioni, la stampa, le petizioni ec., ma nell'ordine giuridico sta sempre quella presunzione senza cui gli Stati non potrebbero reggersi, che la legge corrisponda al diritto; ciò che toglie persino l'ipotesi di una difesa giurisdizionale. Come eccezione a questo principio si fa questione se la guarentigia possa darsi quando la legge violi per avventura la costituzione fondamentale dello Stato, questione, che da noi fu già trattata a proposito delle attribuzioni del potere giudiziario, ed a questa trattazione noi rimandiamo il lettore (confr. n° 348 e seg.).

413. — Il problema della guarentigia giurisdizionale della libertà civile trova dunque veramente luogo in riguardo al potere esecutivo. Qui l'attività dello Stato viene in molteplici rapporti coi diritti privati, rapporti sempre più crescenti, quanto più l'ingerenza sociale dello Stato va nelle odierne istituzioni sempre più allargandosi. Il fatto del funzionario pubblico non contiene certamente quella presunzione assoluta di verità che riscontrammo egualmente, quantunque in maniera diversa, negli atti del potere legislativo e giudiziario. Ma havvi di più. Nell'ipotesi che il cittadino di fronte all'amministrazione pubblica possa vantare un diritto, esso trova la sua garenzia diretta nella *legge*, da cui tutti i diritti, mediatamente o immediatamente, derivano. Sicchè, quando il funzionario lede il diritto del privato, egli contravviene alla legge: si solleva quindi al disopra di quel potere, che costituisce invece il limite e la condizione dell'autorità di lui. Quegli Stati, il cui diritto pubblico ancora primitivo non conobbe nè attuò il principio della divisione dei poteri, non potevano certamente ammettere un'azione la quale sarebbe stata diretta contro lo Stato, unità inscindibile, che riassumeva così il potere legislativo, come il giudiziario, come l'esecutivo. Ma lo Stato rappresentativo

moderno di cui una delle caratteristiche essenziali è appunto quella distinzione, non può ammettere che il funzionario dell' ordine esecutivo si arroghi di fronte al cittadino il potere di derogare ad una legge che conferisca a questo un diritto qualsiasi così nell' ordine civile come nel politico.

414. — Questi principii sono stati ammessi nello Stato moderno; ma la loro attuazione è stata stranamente monca. Si è ammessa un' azione giuridica del cittadino contro la pubblica amministrazione, ma si è voluto che giudici di questa azione fossero i funzionari medesimi del potere esecutivo, dando così luogo al sistema del così detto *contenzioso amministrativo,* quale nella sua forma tipica e perfetta vige in Francia, e, con gravi temperamenti, in Germania. Senza soffermarci (chè non sarebbe qui il luogo opportuno) sulle considerazioni di ordine *politico,* che possono consigliare un tal sistema, certo è che esso contravviene al principio giuridico per il quale, negli Stati moderni *unica ed autonoma* è la fonte della giurisdizione (confr. ni 335-338). Ai veri principii si è invece uniformato il legislatore italiano, il quale con la legge del 20 marzo 1865 stabiliva che il magistrato competente nei giudizi in cui si fa questione di un diritto di un privato contro la pubblica amministrazione è il magistrato ordinario. I particolari di questa materia formano argomento di una parte speciale del diritto amministrativo.

CAPITOLO X.

B) Guarentigie costituzionali
(Diritto di resistenza individuale e collettiva).[1]

415. — Nella sua forma generale e comprensiva il problema delle guarentigie costituzionali della libertà bisogna che sia confrontato, per ragion di antitesi, col principio generale dell'obbedienza politica. E si tratta di sapere se sia o pur no ammissibile un'eccezione a questo principio, per il quale i cittadini sono legati allo Stato con un vincolo di sudditanza politica nel caso che la libertà popolare venga manomessa: *diritto di resistenza* in senso largo. E poichè la nozione di libertà popolare si distingue (confr. n[i] 361 e 362) a seconda che alcun diritto da essa dipendente venga individualmente esercitato o spetti al popolo collettivamente considerato, così anche la nozione della resistenza politica si distingue in *individuale* e *collettiva.*

416. — Il cittadino deve obbedienza non solo alla legge, ma anche al funzionario, almeno per regola generale, per ciò solo che questi una tale qualità riveste. Il magistrato adunque, per sè stesso e a parte l'intrinseca validità dell'atto che esegue, ha diritto ad essere obbedito, ed in mancanza ad usare la forza; ciò che costituisce il diritto di *coercizione*. Questo diritto però non trova per avventura un limite nell'osservanza delle forme legali con cui è connesso e a cui va subordinato? Quando il funzionario invece di uniformarsi alla legge, nell'esercizio del suo mandato, la viola, si può ritenere che egli mantenga quella sua pubblica qualità, che gli

---

[1] Confr. il nostro lavoro, *Resistenza politica individuale e collettiva* (Torino, Loescher, 1885).

conferisce la potestà di costringere? E il resistergli in tal caso sarà un diritto o un delitto?

417. — Così si pone il problema della resistenza individuale, il quale non riguarda solo il Diritto costituzionale ma altresì il penale. Questa scienza lo considera dal lato negativo, in quanto ricerca se la illegalità commessa dal pubblico funzionario sia un motivo escludente quella figura speciale di reato, che sorge dal rifiuto violento di obbedienza ad un pubblico funzionario, e che si dice reato *di ribellione*. Da questo punto di vista non valgono certamente molti degli argomenti, coi quali una scuola di penalisti vuol negare che la illegalità dell'agente pubblico escluda il reato di ribellione. Il dire che il funzionario pubblico ha per sè la presunzione della legalità contiene una petizione di principio, cercandosi appunto di sapere se questa presunzione assoluta convenga o no ammetterla. Il dire che la resistenza contro chi riveste una pubblica qualità costituisce sempre uno scandalo pubblico, equivale a sacrificare la forma alla sostanza, dappoichè ciò che interessa all'ordine giuridico è che il diritto sia tutelato; e nell'ipotesi nostra il diritto è, in sostanza, offeso dal funzionario e difeso dal cittadino resistente. Ma resta tuttavia un argomento, da quella scuola addotto, al quale non crediamo che coi soli criteri del diritto penale sia possibile dare una risposta. Questo argomento, su cui gli avversari del diritto di resistenza si fondano, è che ogni danno non può nè deve essere riparato dal fatto violento dell'individuo; a nessuno è lecito farsi ragione con le proprie mani; se il funzionario avrà commesso un'ingiustizia, le leggi relative e il magistrato competente potranno punirlo. Non persuade troppo la replica che si fa a questa obiezione, e cioè che quel danno sia irreparabile: il diritto non può ammettere la irreparabilità di un'azione diretta ad infrangerlo: e i criteri subiettivi

su cui la pretesa irreparabilità si fonda non possono essere ammessi in una controversia di indole puramente giuridica.

418. — Interviene qui il diritto pubblico e con un esame positivo integra il fondamento della teorica. Affermato nel cittadino il diritto di libertà personale, determinate le forme rigorose con le quali questo diritto può essere limitato, ne segue il diritto nel cittadino di difendersi contro chi quel diritto suo vuol ledere, e quindi anche contro il funzionario pubblico che non osserva le norme legali all'uopo stabilite: negare la difesa equivale negare il diritto. L'argomento della riparabilità del danno resta così escluso, trova invece luogo il principio che *vim vi repellere licet.* Se ogni uomo ha diritto alla sua integrità personale, egli non fa che esercitare questo diritto quando respinge con la forza chi alla sua integrità attenta; nel modo stesso, affermato il diritto di libertà personale, il cittadino potrà resistere con la forza a chiunque tenti di limitarla senza il concorso delle forme legali.

419. — Il diritto di resistenza è stato ammesso come inevitabile corollario della libertà personale nella storia della costituzione inglese. Maggiore incertezza ed esitazione si riscontra nelle altre costituzioni moderne, abituate a dare il maggior peso alla dichiarazione dei diritti di libertà popolare, anzichè alla difesa effettuale di essi.

420. — Nel nostro diritto pubblico positivo manca una dichiarazione esplicita del diritto di resistenza individuale. Tuttavia, tenuti presenti i principii superiormente esposti, si può trarlo per via di interpretazione. Così l'art. 247 del Cod. Pen. nel definire il reato di ribellione aggiunge una condizione, ed è che esso ha luogo « quando (i pubblici ufficiali) agiscono per l'esecuzione delle leggi, per l'ordine dell'autorità pubblica, dei mandati di giustizia e delle sentenze. » Parrebbe

quindi che, quando il funzionario non è dentro quei limiti, il reato venga meno. Soccorre dall'altro lato il Diritto costituzionale, statuendo all'art. 26, 2° comma, dello Statuto: « Niuno *può essere arrestato*.... *se non* nei casi previsti dalla legge e nelle *forme che essa prescrive.* » Il non potere essere arrestato se non col concorso di forme legali è dunque un diritto positivo del cittadino, e quindi sarà accompagnato di quella sanzione che tutti i diritti accompagna, cioè la difendibilità di esso contro un'esterna azione.

421. — E veniamo finalmente alla teoria della *resistenza collettiva.* Essa, innanzi tutto, presenta altresì un'altra distinzione fondamentale, in quanto la resistenza può concepirsi diretta alla rimozione di un determinato abuso, o alla attuazione di una determinata riforma, ma contenendosi tuttavia *entro ai limiti della costituzione vigente e rispettandola:* questa prima maniera chiameremo *resistenza collettiva legale.* Chè se invece la resistenza è diretta non tanto contro un arbitrio determinato quanto *contro la costituzione medesima* di cui si vuole e si ottiene la distruzione, noi la chiameremo *resistenza collettiva rivoluzionaria* o semplicemente *rivoluzione.*

422. — Questa distinzione trova un notevole riscontro nei vari tipi storici in cui noi la vediamo attuata. Così il tribunato organizza in Roma permanentemente la resistenza collettiva legale, in quanto esso, non partecipando all'*imperium,* non facendo quindi parte del regolare ordinamento dello Stato, aveva autorità, col suo diritto di *veto,* di arrestare parzialmente l'andamento della pubblica cosa quando ciò fosse richiesto per garanzia di un diritto popolare. Anche più tipica è l'organizzazione della resistenza legale nelle forme rappresentative medioevali. Quivi, per la confusione dei concetti del diritto privato con quelli del diritto pubblico, una con-

cessione della Corona era accompagnata da una garenzia speciale per cui il venir meno da parte del Capo dello Stato allo adempimento degli obblighi assunti e delle concessioni fatte, conferiva ai sudditi il diritto di negargli obbedienza finchè l'arbitrio non fosse stato rimosso. Un tipo di questa maniera di ordinamento può riscontrarsi nel famoso § 61 della *Magna Charta.*

423. — Così concepita la resistenza collettiva legale, non si può dire che essa sia contraria al diritto. Certo, essa suppone necessariamente una forma *libera* di governo: e qui può in verità trovar luogo una applicazione parziale di quella teoria che riscontrammo falsa in quanto pretende di valere come generale giustificazione della genesi dello Stato, cioè il patto sociale. Nella forma costituzionale, quando tra la Corona e la moltitudine dei sudditi interviene un atto da cui sorge reciprocanza di diritti e di obblighi, può ritenersi che l'obbligo dell'obbedienza è subordinato alla reciproca osservanza dei doveri, i quali la costituzione impone. D'altra parte sta nell'ipotesi medesima di quella forma di resistenza che essa da un lato rimanga nei limiti della costituzione, dall'altro lato che essa si limiti semplicemente a rimuovere l'arbitrio, cioè ristabilire il diritto, e ciò equivale a dire che il contenuto di essa è per ciò stesso giuridico.

424. — Se così è astrattamente, dall'altra parte però nello Stato moderno non pare che trovino riscontro quegli elementi materiali, onde sorge la nozione di quell'istituto. E la ragione essenziale sta in ciò, che, dato pure che l'arbitrio si verifichi, manca nel nostro ordinamento costituzionale il modo onde il popolo possa obiettivamente constatarlo, e subiettivamente farsi organo di una reazione, intesa a reprimerlo. La ragione intima del fatto poi sta in ciò, che a quel fine medesimo per cui astrattamente si concepisce una resistenza legale, è invece ordinato tutto il sistema costituzionale

odierno. Le Camere rappresentative non funzionano solo come organi aventi funzioni pubbliche determinate: esse hanno altresì il cómpito di farsi organi dei sentimenti popolari, e quindi di mettere in chiaro quegli arbitrii che in danno della popolare libertà si commettessero. Quanto ai mezzi onde provvedere alla repressione di quell'arbitrio, entro i limiti della costituzione, le Camere non avranno che l'imbarazzo della scelta, così grande è la forza di cui dispongono e l'influenza che possono esercitare sulla pubblica cosa.[1]

425. — Per tali considerazioni si può asserire che l'ipotesi di una resistenza collettiva legale, in senso proprio, non trova più luogo nel diritto pubblico moderno. Si può solo parlare di una forma impropria di tale resistenza, cioè in quanto essa si esercita non materialmente, ma per via di *mezzi morali*. Con l'esercizio dei diritti di libertà politica, e specialmente con quelli di stampa, di riunione, di associazione, la pubblica opinione può spiegare una forza di resistenza meravigliosa, cui non di rado i poteri costituiti han dovuto inchinarsi. Tuttavia è quasi inutile rilevare che qui manca l'elemento di una disubbidienza concreta, senza la quale a voler essere rigorosi la nozione di resistenza non sorge.

426. — Forma suprema di resistenza popolare è la *rivoluzione*, che può rivolgersi contro qualsiasi forma di governo, e con cui si connette tanta parte della storia dell'umanità. Come tale, la teoria della rivoluzione ci si presenta come un argomento grandemente complesso e che tocca vari ordini scientifici. Nella sfera del diritto pubblico può farsi quistione innanzi tutto se esista un diritto costituzionale di rivoluzione. Ma quantunque

[1] Da questo punto di vista, può concepirsi ed ammettersi il *rifiuto del bilancio* che mette energicamente in rilievo il dissidio fra il governo e la rappresentanza popolare (confr. nº 215).

in qualche legislazione positiva si trovi ammesso un tale diritto, la scienza deve risolvere negativamente quella questione. Perchè un diritto subiettivo esista è naturalmente necessaria l'esistenza del subietto attivo che potrà esercitarlo. Ora dato in ipotesi un tale diritto di rivoluzione, a chi ne spetterà l'esercizio? Al popolo? Ma l'idea di popolo trova la sua giuridica rappresentanza nei corpi legalmente costituiti, e la rivoluzione non solo ne prescinde, ma è anzi rivolta contro di essi, come contro tutta la costituzione esistente. Se poi l'idea di popolo si concepisce indipendentemente dai corpi rappresentativi, è evidente che essa non potrà costituire una persona giuridica capace di diritti. Ma non solo manca il subietto del diritto, manca altresì la sanzione di esso. Un moto popolare può essere determinato da fini legittimi, e ciò malgrado fallire, come, dall'altra parte, la rivoluzione vittoriosa potè per avventura muovere da una pretesa illegittima. La legittimità dell' esercizio di questo supposto diritto dipenderebbe dunque dall'evento arbitrario della riuscita; il che è contradittorio.

427. — Al Diritto costituzionale la rivoluzione appare anzitutto come uno *stato di fatto,* di cui così molteplici e gravissime manifestazioni si riscontrano nella storia di tutti i tempi e di tutti i popoli. La scienza deve quindi in primo luogo spiegarsi questo fatto; e per noi, che ai principii della scuola storica aderiamo, la spiegazione di un fatto naturale contiene già implicita la giustificazione di esso. Procediamo dunque ad un tale esame.

428. — Ogni particolare diritto pubblico di uno Stato consta necessariamente di due elementi, caratteristici per altro ad ogni norma regolatrice di un rapporto giuridico. Da un lato, esso suppone un complesso intricatissimo di cause, per le quali quelle date politiche instituzioni in quel dato momento storico corrispondono

alla coscienza giuridica ed alle sociali contingenze di quel popolo determinato. Ma questo diritto uopo è si estrinsechi in leggi: e in quanto è in esse attuato sorge la nozione della *forma politica*, onde uno Stato è retto, e che è costituita dall' insieme delle istituzioni di diritto pubblico positivo, vigenti in quel dato Stato. Abbiamo dunque un contenuto ed una forma. Sta necessariamente la presunzione che fra l' uno e l'altra esista una proporzione armonica: e questa proporzione nella massima parte dei casi risponde al fatto. Ma non basta che tale proporzione esista, bisogna naturalmente che essa si mantenga; e siccome il diritto per sua natura è soggetto ad una trasformazione lenta ma continua, bisogna che la forma segua con la massima fedeltà possibile una tale trasformazione. Nella vita fisiologica di uno Stato esiste un organo di riforma legislativa, che con eguale lentezza e continuità attua questo processo di adattamento. Ma non sempre ciò avviene: qualche volta questa funzione delicatissima della riforma pacifica viene trascurata: i governi si illudono di potere per mezzo dell' immobilità raggiungere la immutabilità. Ma intanto il diritto, sotto l' influenza di leggi a cui nessuna forza umana può opporsi, continua la sua trasformazione, sinchè il momento viene in cui fra il diritto e la legge costituzionale di un popolo si stabilisce un dissidio così profondo e irreconciliabile che i mezzi di riforma pacifica non sono più adatti a porvi rimedio. Stato di malattia acuta, di cui la rivoluzione è da un lato il sintomo, dall' altro lato il rimedio.

429. — Per mezzo della rivoluzione dunque si attua uno dei modi onde la forza del diritto si manifesta e prevale: in ciò consiste la giustificazione di essa. Ma questa attuazione si verifica indipendentemente dalla sfera costituzionale, anzi al di fuori di essa, per cui da questo lato la scienza nostra trova un limite, dinanzi

al quale deve fermarsi, solo questo insegnamento traendone, la necessità cioè che la coscienza popolare, presso la quale la evoluzione giuridica si verifica, abbia sull'opera legislativa quella continua influenza, che impedisce il verificarsi di quella ipotesi, onde le rivoluzioni originano. Il progresso rivoluzionario del diritto può giustificarsi dalla necessità, ma deve con la maggior cura evitarsi come quello che apporta mali gravissimi di cui una società civile conserva lungamente, dolorosamente le tracce.

FINE.

INDICE.

Libro Quarto. -- POTERE LEGISLATIVO.

2) ORGANI E FUNZIONI.

Libro Quinto. — POTERE ESECUTIVO.

Libro Sesto. — POTERE GIUDIZIARIO.

Libro Settimo. — DEI RAPPORTI FRA LO STATO E L'INDIVIDUO. (TEORIA DELLA LIBERTÀ.)
